

Privates und öffentliches Kartellrecht als Mittel zur Durchsetzung eines ordnungspolitischen Leitbildes

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
THOMAS EMCH
von Lütterswil/SO

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507225_0015

Privates und öffentliches Kartellrecht als Mittel zur Durchsetzung eines ordnungspolitischen Leitbildes

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
THOMAS EMCH
von Lüterswil/SO

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1982

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. Emil Stark



Meiner Familie

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis

Einleitung	1
 <u>1. Kapitel</u>	
Sozialphilosophische Grundlagen des Kartellrechts	7
I. Kartellrecht als Teil der Wirtschaftspolitik	8
II. Erkenntnistheoretische Grundlagen der Wettbewerbspolitik	9
1. Rationalistisch-technokratischer Ansatz	9
2. Systemtheoretischer Ansatz	13
3. Funktionaler Ansatz	15
III. Wettbewerb - Begriff zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft	18
1. Rechtfertigung des Wettbewerbes	18
A) Wettbewerb als sittliches Prinzip	18
B) Oekonomische Funktionen des Wettbewerbes	21
a) Antriebsfunktion	22
b) Allokationsfunktion	22
c) Koordinationsfunktion	23
d) Distributionsfunktion	23
C) Konstituenten des Wettbewerbes	24

2. Wettbewerbspolitische Leitbilder	25
A) Das Modell der vollkommenen Konkurrenz	26
B) Das Konzept des "Möglichen Wettbewerbes"	27
a) Oekonomische Begründung	27
b) Persönlichkeitsrechtliche Begründung	28
c) Kritik	28
C) Der Wettbewerb als komplexes System	29
D) Workable Competition	31

2. Kapitel

Der systematische Ort des Kartellrechts	33
I. Kartellrecht als Teil des Wirtschaftsrechts	34
II. Kartellrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht	35
III. Zweck des Kartellrechts	38
1. Problematik der Zweckdefinition	38
A) Persönlichkeitsrechtlicher Ansatz	38
a) Persönlichkeitsschutz als Mittel, Wettbewerb als Zweck	41
b) Wettbewerb als Mittel, Persönlichkeitsschutz als Zweck	43
B) Wirtschaftsrechtlicher oder ordnungspolitischer Ansatz	43
2. Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung	46
A) Die "do nothing" Haltung	46

B) Verbotsgesetzgebung	47
C) Missbrauchsgesetzgebung	48
D) Würdigung	49
IV. Rechtliche Erfassung des Wettbewerbs- prozesses	51
1. Fehlergebnisse und Fehlstrukturen des Wettbewerbes als Auslöser kar- tellrechtlicher Eingriffe	51
2. Verhaltens- und Strukturkontrolle	53

3. Kapitel

Privates und öffentliches Recht als Mittel zur
Durchsetzung kartellrechtlicher Normvorstellungen 56

I. Geschichtliche Entwicklung der Teilung	57
1. Systematische Bedingtheit der Unter- scheidung von privatem und öffentli- chem Recht	57
2. Die Unterscheidung als Ausdruck eines inneren Gegensatzes im 19. Jahrhundert	61
3. Die Unterscheidung als Ausdruck eines antinomischen Verhältnisses zwischen Liberalismus und Demokratie	63
4. Die Entwicklung der Unterscheidung in neuerer Zeit	66
A) Allgemeines	66
B) Kategoriale Unterscheidungen	68
C) Ansätze zur Ueberwindung des Dua- lismus	69

II. Privat- und Öffentlichrechtliches Instrumentarium im schweizerischen Kartellgesetz	71
1. Persönlichkeits- und Wettbewerbschutz als Ansatzpunkt der Zweiteilung	71
2. Schutz der Persönlichkeit	71
3. Schutz des Wettbewerbes	73
4. Wirtschafts-, insbesondere kartellpolitische Ausnahmen in Art. 5 KG	75
III. Das Verhältnis vom privat- und öffentlichrechtlichem Teil des Kartellgesetzes in der bisherigen Entwicklung	77
1. Materialien	77
2. Praxis des Bundesgerichts	79
3. Praxis der Kartellkommission	80
4. Theorie	81

4. Kapitel

Kriterien der Interessenabwägung im privaten und öffentlichen Kartellrecht	84
I. Allgemeines	85
II. Wettbewerbsfreiheit als Hauptkriterium der kartellrechtlichen Interessenabwägung	90
1. Wettbewerb als gewolltes Koordinationsmittel	90
2. Anknüpfungspunkte des Kartellrechts	94
A) Zivilrechtlich relevante Handlung	96

B) Volkswirtschaftliches Ergebnis	97
C) Wettbewerbsstruktur	98
III. Kartellrecht als interdisziplinäres Recht	102
1. Allgemeines	102
2. Funktionale Dogmatik	104
3. Funktionales Privatrecht	110
4. Kartellgemeinrecht?	114
 Zusammenfassung	 115

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für civilistische Praxis, Tübingen *1818
AER	American Economic Review, Ithaca N.Y.*1911
Bbl	Bundesblatt, Bern *1948
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundes- gerichts, amtliche Sammlung, Lausanne *1874
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eid- genossenschaft vom 29. Mai 1874
Diss.	Dissertation
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirt- schaftsgemeinschaft
GRUR INT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, Weinheim *1896, Int. Teil *1952
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
HWdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1956 ff
Hrsg.	Herausgeber
JS	Juristische Schulung, München *1961
JZ	Juristen Zeitung, Tübingen *1951
KG	Kartellgesetz
MSchG	BG betreffend den Schutz der Fabrik- und Han- delsmarken vom 26. Sept. 1890

NF	Neue Folge
NJW	Neue juristische Wochenschrift, München *1947
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OeJZ	Oesterreichische Juristen Zeitung, Wien *1946
PBK	Preisbildungskommission
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich *1928
SHZ	Schweizerische Handelszeitung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich *1904
Sten Bull	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundes- versammlung (Nationalrat/Ständerat)
SZVS	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirt- schaft und Statistik, Bern *1865
URG	BG betreffend das Urheberrecht an Werken der der Literatur und Kunst vom 7. Dez. 1922
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. Sept. 1943
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kar- tellkommission, Zürich
WuR	Wirtschaft und Recht, Zürich *1950
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf *1951
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern *1864
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, Stuttgart *1858
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, München *1968
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel *1852

LITERATURVERZEICHNIS

(Unterstrichene Titel: abgekürzte Zitierweise)

- Albert Hans, Ordnung ohne Dogma - Wissenschaftliche Erkenntnis und ordnungspolitische Entscheidung, in: Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für H.D. Ortlieb, Tübingen 1975, S. 3 ff.
- Erkenntnis und Recht, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972, S. 80 ff.
 - Traktat über kritische Vernunft, 3. Auflage, Tübingen, 1975.
- Allemann Hugo, Die Handels- und Gewerbefreiheit - wankende Säule unserer Wirtschaftsverfassung, WuR 1973, S. 1ff.
- Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, Schlussbericht der -, Bd. IV, Bern 1973.
- Badura Peter, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JS 1976, S. 205 ff.
- Bär Rolf, Das westdeutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wur 1958, S. 245 ff.
- Bäumlin Richard, Demokratisierung, in: Reformatio 23, 1974, S. 336 ff.
- Ballerstedt Kurt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, Band III., Berlin 1958.
- Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, S. 267 ff.

Batscha Zwi, Hrsg., Materialien zu Kants Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1976.

Baumbach Adolf/Hefermehl Wolfgang, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I., Wettbewerbsrecht, 13. Auflage, München 1981.

Baur Jürgen, Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, München 1971.

Biedenkopf Kurt H., Rechtsfragen der Konzentration, ZBJV 1972, S. 1 ff.

- Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Arbeitsrecht, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, NF 33, Berlin 1964, S. 67 ff.

Böckenförde Ernst-Wolfgang, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a.M. 1976.

Böhm Franz, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Recht und Staat 153/154, Tübingen 1950.

- Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.

Borchardt Knut/Fikentscher Wolfgang, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.

Bucher Erwin, Die Entwicklung der Schweiz zu einem politischen System, in: Das politische System der Schweiz, hrsg. von Jürg Steiner, München 1971.

Bucher Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbe-
fugnis, Tübingen 1965.

Bühlmann Hubert, Wettbewerb als Grundnorm der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, WuR 1979, S. 178 ff.

- Die Tragweite des Kartellartikels der Bundesverfassung im Hinblick auf eine Konzentrationskontrolle, Diss. St. Gallen 1979.

Buhr Manfred/Irrlitz Gerd, Immanuel Kant, in: Batscha Zwi, S. dort, S. 102 ff.

Bullinger Martin, Oeffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart 1968.

Bundesrat, Botschaft des - an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, vom 18.9.1961, BBl 1961 II, S. 553 ff, zit. Botschaft 1961.

- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, zit. Botschaft 1981

Burckhardt Jakob, Griechische Kulturgeschichte, 1. Bd. Der Staat und die Religion, Stuttgart, 1948.

Buxbaum Richard, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, in: Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Bd. 105, Karlsruhe 1972.

- Antitrust Policy in Modern Society, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 345 ff.

Carrabier Charles, Trusts, cartels et ententes, Législation et Jurisprudence des principaux pays industriels et de la Communauté Economique Européenne, Paris 1967.

Castelberg, von, Guido, Das "Gesamtinteresse" der Wirtschaftsartikel, WuR 1953, S. 8 ff.

Deschenaux Henri, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II., Basel 1967, S. 1 ff.

- L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analoges, in: Mémoires publiées par la Faculté de Droit de Genève, vol. no. 18, Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genf 1964, S. 193 ff.

Drolshammer Jens, Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Diss. Zürich 1975.

Dux Günter, Strukturwandel der Legitimation, Freiburg/München 1976.

Esser Joseph, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972.

- Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, ACP 1972, S. 97 ff.

Eucken Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Hamburg 1977.

Fechner Erich, Funktionen des Rechts in der menschlichen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1. Bielefeld 1970, S. 91 ff.

- Rechtsphilosophie, Tübingen 1956.

Feyerabend Paul, Erkenntnis für freie Menschen, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1980.

- Wider den Methodenzwang, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1979.

Fikentscher Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958.

Fleiner F./Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, unveränderter Nachdruck 1976.

Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allg. Teil, 10. Auflage, München 1973.

Friedmann Walter, Anti-Trust Laws, London 1956.

Fröhlicher K., Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, S. 240 ff.

Fromm Erich, Lieber fliehen als kämpfen, in: Bild der Wissenschaft 10, 1974, S. 54 ff.

Gäfen Gérard, Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 2, 3. Auflage, Göttingen 1972.

Germann Oscar A., Zum Leistungsprinzip im Wettbewerbsrecht, WuR 1968, S. 143 ff.

Gierke von, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, (1889), Frankfurt a.M. 1943.

Giger Hans G., Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht, Zürich 1964.

Glück Christian Friedrich, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar, Erlangen 1797-1868.

Gunz Heinrich, Das öffentlichrechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, Diss. Freiburg i.Ue. 1969.

Gygi Fritz, Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechts, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festschrift für Hugo Sieber, Bern 1976, S. 73 ff.

- /Schluep Walter R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Gerd Rinck (Hrsg.), Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a.M./Berlin 1971, S. 87 ff.
- Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. Auflage, Bern 1978.
- Gysin Arnold, Bindung und Offenheit des Rechts in rechtsphilosophischer Sicht, in HOMO CREATOR, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, S. 303 ff.
- Haffner Karl, Ein schweizerisches Kartellgesetz auf privatrechtlicher Grundlage, Diss. St. Gallen 1953.
- Haller Matthias, Wirtschaftspolitische Zielkonflikte, Diss. St. Gallen 1973.
- Hayek von, Friedrich A., Die Erhaltung des liberalen Gedankengutes, in: Der Streit um die Gesellschaftsordnung, Zürich 1975, S. 23 ff.
- Hennig Werner/Sauter Herbert, Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellrecht, München 1972.
- Hensel K. Paul, Ueber die sozialwissenschaftliche Bestimmung von Wirtschaftssystemen, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 227 ff.
- Homburger Eric, Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, WuR 1976, S. 333 ff.
- Kritische Bemerkungen zum Artikel von Prof. Dr. rer. pol. et lic. iur. Hugo Sieber über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, S. 123 ff.

- Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des KG, ZSR 1970, Bd. II, S. 1 ff.

Hoppmann Erich, Volkswirtschaftliche und wirtschafts-
politische Bedeutung des Kartell- und Monopol-
rechts, in: Normenzwecke und Systemfunktionen
im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübin-
gen 1974, S. 5 ff.

- Zum Schutzobjekt des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad
Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 61 ff.
- Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität,
in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Stati-
stik 1966, S. 266 ff.

Hopt Klaus J., Was ist von den Sozialwissenschaften
für die Rechtsanwendung zu erwarten? JZ 1975,
S. 341 ff.

Huber Hans/Tuchtfeldt Egon, Wirtschaftspolitische Ziele
in der Verfassung, Bern 1970.

Hug Walther, Die Problematik des Wirtschaftsrechts,
(Rektoratsrede an der HSG, 19.11.1938), St.
Gallen 1939.

Jhering Rudolph von, Der Zweck im Recht, 5. Aufl.,
Leipzig 1916.

Jöhr Walter A., Lebensqualität und Werturteilsstreit,
Zürich 1974.

- Zur Rechtfertigung des Konkurrenzsystems, in:
Sozialwissenschaftliche Untersuchungen, Gerhard
Albrecht zum 80. Geburtstag, Berlin 1969, S.
157 ff.
- Planung als Mittel rationaler Wirtschaftspoli-
tik in der Marktwirtschaft? in: Erich Schneider
(Hrsg.), Rationale Wirtschaftspolitik und Pla-
nung in der Wirtschaft von heute, Berlin 1967,
S. 74 ff.

- Schätzungsurteil und Werturteil, in: Systeme und Methoden in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen 1964, S. 155 ff.
- Der Kompromiss als Problem der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Staatsethik, in: Recht und Staat 208/209, Tübingen 1958.
- Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gemeinschaft, Festschrift zur 50-Jahrfeier der HSG, St. Gallen 1949, S. 231 ff.

Joliet René, Monopolization and Abuse of Dominant Position, Liège/La Haye 1970.

Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, Göttingen 1974.

Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Preisbildungskommission, Bern 1957.

Kelsen Hans, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage, 1929, Neudruck Aalen 1963.

- Reine Rechtslehre, 2. Auflage Wien 1960.

Klaue Siegfried, Zur Problematik der Fusionskontrolle, Frankfurt a.M. 1971.

Kneschaurek Francesco, Ungewissheit und Voraussicht im Wirtschaftsleben, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 577 ff.

Knöpfle Robert, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, in: Kartellrundschaue, Heft 7, Köln u.a. 1966.

Koch Eckart, Freiheit und Wettbewerb, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 269 ff.

Koenigs Folkmar, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbes, NJW 1961, S. 1041 ff.

Koller Arnold, Von der Rechtfertigung der Kartellordnung und der Vorkehren zu ihrer Durchsetzung. SAG 1978, S. 59 ff.

- Zur rechtlichen Realisierung neuer wirtschaftspolitischer Ziele, WuR 1975, S. 181 ff.
- Der neue Konjunkturartikel aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, WuR 1974, S. 1 ff.
- Die Konzeption des möglichen Wettbewerbes - Auslegungshilfe des KG?, WuR 1970, S. 149 ff.

Koller Peter, Möglichkeiten und Grenzen eines beweglichen Rechtssystems, in: Wertungen und Interessenausgleich im Recht, Festschrift für Walter Wilburg, Graz 1975, S. 1 ff.

Krüger Herbert, Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart 1966.

Kueng Emil, Wirtschaft und Gerechtigkeit, Tübingen 1967.

- Einzelinteresse und Gesamtinteresse, in: Individuum und Gemeinschaft, FS zur 50-Jahr-Feier der HSG, St. Gallen 1949, S. 279 ff.

Kummer Max, Der Begriff des Kartells, Bern 1966.

Lanzenberger Fritz, Rechtsfragen der Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, Köln 1975, S. 29 ff.

Leontowitsch Victor, Das Wesen des Liberalismus, in: Lothar Gall (Hrsg.), Liberalismus, Köln 1976, S. 37 ff.

Lorenz Konrad, Das sogenannte Böse, Wien 1963, 3. Auflage, (dtv), 1975.

Lüderssen Klaus, Erfahrung als Rechtsquelle, Frankfurt a.M. 1972.

Luhmann Niklas, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974.

- Zweckbegriff und Systemrationalität, Tübingen 1973.

- Rechtssoziologie, Bd. 1/2, Reinbek 1972.

- Zur Funktion der subjektiven Rechte, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Bielefeld 1970, S. 321 ff.

Lukes Rudolf, Zum Verständnis des Wettbewerbes und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1965, S. 199 ff.

- Der Kartellvertrag, München/Berlin 1959.

Maihofer Werner, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Bielefeld 1970, S. 13 ff.

Marbach Fritz, Der "Mögliche Wettbewerb" als schweizerische Lösung des Kartellproblems, SZVS 1958, S. 133 ff.

Marti Hans, Von der Handels- zur Gewerbefreiheit, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festschrift für Hugo Sieber, Bern 1976, S. 85 ff.

Merz Hans, Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Ordnungen: Spiegelungen eines einzigen Leitgedankens, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festschrift für Hugo Sieber, Bern 1976, S. 31 ff.

- Bemerkungen zum Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. November 1972 i. S. Denner AG gegen Schweizerischer Bierbrauerverein, SAG 1973, S. 127 ff.
- Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit, in: Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 95, Karlsruhe 1970.
- Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967.
- Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1965, S. 227 ff.
- Das Wettbewerbsrecht, in: Strukturwandlungen der schweizerischen Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 355 ff.
- Der "Mögliche Wettbewerb" und die zivilrechtlichen Bestimmungen im Kartellgesetzentwurf vom April 1959, SZVS 1959, S. 429 ff.
- Probleme einer Kartellgesetzgebung in der Schweiz, WuR 1956, S. 81 ff.

Mestmäcker Ernst J., Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 1974.

- Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, S. 21 ff.
- Warum das Kartellverbot nicht am Privatrecht scheitert, WuW 1971, S. 835 ff.
- Ueber die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, S. 441 ff.

Molitor Erich/Schlosser Hans, Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, 3. Auflage, Karlsruhe, 1979.

- Ueber öffentliches und Privatrecht, Karlsruhe 1949.

Müller Jörg P., Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964.

Mueller-Henneberg Hans/Schwartz Gustav, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 4. Auflage, Köln u.a. 1980, 1. Lieferung §§ 1-4 GWB.

Nawiasky Hans, Allgemeine Rechtslehre, Einsiedeln/Köln 1941.

Niebuhr Reinhold, Moral Man and Immoral Society, London/New York 1934.

Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973.

Nussbaum Arthur, Die Rechtstatsachenforschung, (Manfred Rehbinder, Hrsg.), Berlin 1968.

Oftinger Karl, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 1941, S. 225 ff., S. 241 ff.

Opp Karl D. Soziologie im Recht, Reinbek b. Hamburg, 1973.

Ott Claus, Systemwandel im Wettbewerbsrecht, in:
Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen,
Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974,
S. 403 ff.

Peko-Kacic Ivo, Die geschichtliche Entwicklung des
genossenschaftlichen Rechtsgedankens in der
Schweiz seit der Mitte des 19. Jahrhunderts
bis zum Gesetz von 1936, Diss. Bern 1956.

Perelmann, Über die Gerechtigkeit, München 1967.

Pilz Frank, Das System der sozialen Marktwirtschaft,
München 1974.

Popper Karl R., Logik der Forschung, 6. Auflage,
Tübingen 1976.

- Objektive Erkenntnis, 2. Auflage, Hamburg 1974.

Preisbildungskommission: s. Kartell und Wettbewerb.

Pufendorf Samuel, Natur- und Völkerrecht, (Deutsche
Uebersetzung), Frankfurt a.M. 1711.

Raiser Ludwig, Die Zukunft des Privatrechts, Schrif-
tenreihe der Juristischen Gesellschaft, Heft
43, Berlin 1971.

Ramstein Kurt, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem
und privatem Recht im Lichte der bundesge-
richtlichen Rechtssprechung, Winterthur 1959.

Rehbinder Manfred, Zuden Methoden der Rechtstatsachen-
forschung, in: HOMO CREATOR, Festschrift für
Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, S. 13 ff.

- Über den Nutzen der Rechtssoziologie für die
Rechtspraxis, OEJZ 1975, S. 565 ff.

- Die Rechtsstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Bielefeld 1970, S. 333 ff.
- Rimmelspacher Bruno, Oeffentliches oder privates Interesse als Kriterium der Rechtswegzuständigkeit, JZ 1975, S. 165 ff.
- Rinck Gerd, Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Köln u.a. 1977.
- Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, 2. unver. Auflage, Bern 1975.
- Sieber Hugo, Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, S. 48 ff.
- Ist die erhebliche Verminderung des Wettbewerbsausmasses sozial und volkswirtschaftlich schädlich? Replik und Duplik, WuR 1973, S. 126 ff.
 - Die Zerstörung der freien Wirtschaft durch ihre Anhänger, WuR 1972, S. 167 ff.
- Sik Ota, Argumente für den Dritten Weg, Hamburg 1973.
- Smith Adam, Der Wohlstand der Nationen, Buch 1-5, München 1974.
- Syz David, Die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, Diss. Zürich 1972.
- Schapiro J. Salwyn, Was ist Liberalismus? in: Lothar Gall (Hrsg.), Liberalismus, Köln 1976, S. 20 ff.
- Schindler Dietrich (sen.), Verfassungsrecht und soziale Struktur, 5. unver. Auflage, Zürich 1970.
- Schlecht Otto, Die Zielsetzungen der Zweiten GWB-Novelle aus der Sicht der Bundesregierung, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FIW Schriftenreihe, Heft 66, Köln u.a. 1974.

Schluep Walter R., Band "Switzerland", in: World Law of Competition, New York 1981.

- Das Kartellproblem und die Macht, in: Macht und ihre Begrenzung im Kleinstaat Schweiz, Werner Kägi und Hansjörg Siegenthaler (Hrsg.), Zürich/München 1981, S. 125 ff.
- Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festschrift für Hugo Sieber, Bern 1976, S. 95 ff.
- Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: HOMO CREATOR, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, S. 225 ff.
- Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 569 ff.
- Die kartell- und monopolrechtlichen Fragestellungen, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon/Zürich 1973.
- Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Heft 2, Bern 1973, S. 189 ff.
- Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR 1972, Bd. 1, S. 353 ff.
- /Gygi Fritz, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, s. dort.
- Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Recueils de travaux suisses, Basel 1970, S. 41 ff.

- Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, WuR 1969, S. 193 ff.
- Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 25 ff.
- Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrustrecht, WuR 1966, S. 36 ff.
- Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965, S. 400 ff.
- Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964.

Schmidt-Rimpler Walter, Wirtschaftsrecht, in: HwdsW 12, Göttingen 1965.

Schnegelsberg Jürg, Das schweizerische Kartellgesetz, in: FIW Schriftenreihe Heft 16, Köln u.a. 1964.

Schneider Erich, Einführung in die Wirtschaftstheorie, IV. Teil, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 1970.

Schürmann Leo, Grundsatzfragen der Wirtschaftsverfassung, Schweizer Monatshefte 1979, S. 971 ff.

- Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978.
- Wettbewerb und Gemeinwohl, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg i.Ue. 1977, S. 531 ff.
- Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht, WuR 1973, S. 77 ff.
- Missbrauchs- oder Verbotsprinzip, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon 1973, S. 33 ff.
- /Sieber Hugo, Die Konzentration als Problem der schweizerischen Wettbewerbspolitik, WuR 1972, S. 69 ff.

- Die verfassungsrechtliche Struktur der Schweiz, in: Das politische System der Schweiz, Jürg Steiner (Hrsg.), München 1971, S. 51 ff.
- Die Durchführung des KG, WuR 1969, S. 65 ff.
- Zur Entwicklung der kartellrechtlichen Doktrin in der Schweiz, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 135 ff.
- Fragen aus der Praxis des Kartellrechts, WuR 1968, S. 1 ff.
- Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964.

Schumpeter Joseph A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 3. Auflage, München 1972.

Steindorff Ernst, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht? in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 621 ff.

Steiner Jürg, Das politische System der Schweiz, München 1971.

Tenbruck Friedrich H., Grenzen der Planung, in: Bernhard Schäfers (Hrsg.), Gesellschaftliche Planung, Stuttgart 1973, S. 365 ff.

Tschäni Rudolf, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, Bern 1978.

Tuchtfeldt Egon, Konzepte der Wettbewerbspolitik, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 549 ff.

- Kartelle und Kartellsurrogate, in: Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Heinz Ortlieb, Tübingen 1975, S. 331 ff.

- Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung? s. bei Hans Huber.
- Wettbewerbspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, 3. Auflage, Göttingen 1973, S. 178 ff.

Ulmer Eugen, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Hrsg. von E. Ulmer), München/Köln 1965-1968; Bd. I.: Ulmer E., Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, München/Köln 1965.

Ulmer Peter, Fälle und Entscheidungen zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Frankfurt 1975.

Usteri Martin, Das Verhältnis von Staat und Recht zur Wirtschaft in der Eidgenossenschaft, Zürich 1981.

- Grundzüge des schweizerischen öffentlichen Rechts über die Kartelle, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 153 ff.

Vecchio del, Giorgio, Grundlagen und Grundfragen des Rechts, Göttingen 1963.

Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über die Kartelle und ähnliche Organisationen, Bericht und Text des Gesetzesentwurfes der Expertenkommission, Bern 1959.

Watkins Frederick, Theorie und Praxis des modernen Liberalismus, in: Lothar Gall (Hrsg.), Liberalismus, Köln 1976.

Wieacker Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967.

- Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M. 1974,

- Wiese von, Leopold, Wettbewerb, in: HWdSW 12, S. 25 ff.
- Wiethölter Rudolf, Privatrecht als Gesellschaftstheorie?,
in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen,
Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 645 ff.
- Rechtswissenschaft, Frankfurt 1968.
 - Recht, in: Wissenschaft und Gesellschaft, Frankfurt 1967, S. 215 ff.
 - Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 41 ff.
- Willemsen Adriaan, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 6, Bern 1971.
- Zäch Roger, Kartellrechtliche Probleme der Konzentration im Recht der EWG, WuR 1971, S. 199 ff.
- Zippelius Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 7. Auflage, München 1980.
- Das Wesen des Rechts, 4. Auflage, München 1978.
 - Geschichte der Staatsideen, 2. Auflage, München 1971.

Verwendete Lexika:

- Brockhaus Enzyklopädie, Wiesbaden 1966 ff.
- Historisches Lexikon der Philosophie, Basel/Stuttgart 1971.
- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HWdSW), Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1956 ff.

Einleitung

Kartellrecht - Wettbewerb: ein Begriffspaar von höchster Aktualität ist durch die laufenden Kartellgesetz-Revisionsarbeiten in das Bewusstsein einer breiteren Schicht von Juristen, Oekonomen und Politikern getreten. Leider ging mit dem Wissen um die Aktualität dieses Themas nicht immer eine entsprechende Vertiefung des Verständnisses einher. Im Gegenteil: die Auseinandersetzungen im Zuge des Vernehmlassungsverfahrens haben gezeigt, dass die viegestaltigen Ansichten über Zweck und Ausgestaltung des Kartellgesetzes nach wie vor auf keinen gemeinsamen Nenner zu bringen sind (1).

Angesichts dieser Tatsache gerät der schweizerische Pragmatiker leicht in Versuchung, den fehlenden Konsens mit dem Hinweis auf die im Lande herrschende Interessenvielfalt abzutun: eine "unité de doctrine" sei nun einmal im Kartellrecht nicht möglich. Diese Argumentation hat einiges für sich; vor allem lässt sich damit die für die Wirtschaft grundsätzlich bequeme Kartell- und Konzentrationsfreundlichkeit der schweizerischen Wettbewerbspolitik verteidigen. Allerdings ist aus dieser Optik heraus eines der grundlegendsten Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik nicht ersichtlich: ein in weitgehender Hinsicht fehlendes oder zumindest falsches Wettbewerbsverständnis.

1) vgl. etwa: "Stark umstrittene Revision des Kartellgesetzes", NZZ Nr. 260, 7.11.1980, S. 33. R. Sprüngli, Der Kartellgesetzentwurf - ein Trojanisches Pferd, NZZ Nr. 217, 19.9.1979, S. 17. Peter Nobel, Das revidierte KG soll Verbesserungen bringen, Tages-Anzeiger, 8.2.1980, S. 49 f. Eric Homburger, Notwendige Erweiterungen des Blickwinkels bei der Diskussion des Kartellproblems, NZZ Nr. 30, 6.2.1980, S. 17. B. Schmidhauser, Schwächen des kartellgesetzlichen Instrumentariums, NZZ Nr. 94, 24.4.79 S. 15.

Allzu gern wird die Wettbewerbswirtschaft lediglich als Madonna zum Schutz von Partikularinteressen angerufen, namentlich dann, wenn es Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen um die Sicherung ihrer Entscheidungsfreiheit und um die Durchsetzung "ihrer" Wettbewerbspolitik geht. Auf der anderen Seite lässt der Ruf nach staatlichem Schutz nicht lange auf sich warten, wenn der rauhe Wettbewerbswind die Wettbewerbsteilnehmer zu unangenehmen und oft harten Anpassungsmassnahmen zwingt. Wenn etwa ein Angestelltenverband "energisch gegen die massiven Werbespotkampagnen des grössten japanischen Uhrenkonzerns am Fernsehen der deutschen und welschen Schweiz" protestiert und von den zuständigen SRG-Instanzen die Einstellung der "gegen die schweizerische Uhrenindustrie gerichteten demagogischen Propaganda" verlangt, ist diese Haltung nicht allein mit der Sorge um die gefährdeten Arbeitsplätze zu begründen. Vielmehr drückt sie aus, dass Wettbewerb offenbar nur solange begrüsst wird, als das Ergebnis für die Betroffenen keine unangenehmen Folgen zeitigt (2).

Dass die schweizerische Wettbewerbspolitik sechzehn Jahre nach Inkrafttreten des KG sich nach wie vor an grundlegenden Fragen des Wettbewerbsrechtes schwertut, lässt sich zu einem grossen Teil aus der historischen Entwicklung dieses Rechtsgebietes erklären. In den Jahren vor Erlass des KG stützte sich das Wettbewerbsrecht (wenn man überhaupt von einem solchen sprechen will) auf die an den berühmten "Bäcker Vögtlin Entscheid" anknüpfende Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts (2a). Kernpunkt dieser Rechtsprechung war das Recht des einzelnen auf Entfaltung seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit bzw. eine in bezug auf Umfang und Richtung nicht näher definierte Wettbewerbsfreiheit (2b).

2) NZZ Nr. 286 vom 8.12.1980, S. 13.

2a) BGE 22 II 175.

2b) Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 283. BGE 52 II 370 ff.; 381.

Aus der Erkenntnis, dass diese Wettbewerbsfreiheit besser gegen die in Kartellen und kartellähnlichen Organisationen konzentrierte Marktmacht zu schützen sei, schuf der Gesetzgeber das heute in Revision stehende KG (3), welches in gesetzgeberischer Hinsicht erhebliche Mängel aufweist. Zum einen übernahm der Gesetzgeber den in Art. 31 bis, Abs. 3, lit. d BV enthaltenen Begriff "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen" ins Gesetz (Art. 20, Abs. 1 KG), ohne ihn genügend zu konkretisieren (Art. 22 KG). Damit war eine Grundlage für spätere Auslegungsdispute bereits geschaffen. Zum andern schuf der Gesetzgeber neue Rechtsbegriffe, deren Auslegung die Gerichte in der Folge zwangen, die hinter dem KG stehenden wettbewerbspolitischen Leitlinien zu definieren (vgl. namentlich Art. 5 KG mit den Begriffen "überwiegende schutzwürdige Interessen" und "nicht übermässig beeinträchtigen"). Dass diese Aufgabe der Suche nach dem eigentlichen Gesetzeszweck nicht befriedigend erfüllt wurde bzw. nicht erfüllt werden konnte, kann heute sine ira et studio festgestellt werden. Ein allgemein anerkanntes sozialphilosophisches Leitbild als Grundlage für ein zukünftiges Wettbewerbsgesetz lässt sich in der schweizerischen Kartellrechts-Diskussion nach wie vor nicht ermitteln.

Als Folge dieses Leitbild-Mangels kämpfen Theorie und Praxis seit der Einführung des KG darum, für die vom Gesetz geschaffenen privat- und öffentlichrechtlichen Instrumentarien adäquate Anwendungskriterien zu finden. Der Umstand, dass diese Bemühungen zumindest in dogmatischer Hinsicht noch keine Klärung des "Kartellproblems" gebracht haben, ist der Anlass der vorliegenden Arbeit und damit auch die Frage nach dem Zweck der Zweiteilung des kartellrechtli-

chen Instrumentariums und die Suche nach dessen wettbewerbsrechtlich richtigen Anwendung.

Kartellrecht ist Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (4). Im Gegensatz zu anderen Wettbewerbsordnungen (USA, Deutschland) sind solche im schweizerischen Recht nicht verboten. Art. 5 KG verlangt für die Zulässigkeit von Wettbewerbsbehinderungen "lediglich", dass "die Vorkehren durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sind" und dass sie "die Freiheit des Wettbewerbes im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen". Namentlich bei der Anwendung dieser Ausnahmenvorschrift stellt sich deshalb die Frage, was Wettbewerb ist, welches Mass an Wettbewerb wünschbar ist und welche Wettbewerbsbehinderungen der Einzelne von Fall zu Fall auf sich zu nehmen hat.

Handels- und Gewerbefreiheit, Eigentumsgarantie und Privatautonomie gestatten dem Privaten, innerhalb der rechtlichen Schranken frei zu wirtschaften. Nun liegt es aber in der Natur unseres Wirtschaftssystems, dass er dabei von Dritten behindert wird, denn jede wirtschaftliche Tätigkeit findet im weitesten Sinne ihre Grenzen in der Freiheit der übrigen Individuen. Der Zivilist wird versuchen, solche Behinderungen als zivil- beziehungsweise persönlich-

4) Kartellrecht steht im folgenden als Sammelbegriff stellvertretend für Monopolrecht, Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Antitrustrecht u.ä., also für "Regeln, die sich gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Praktiken sowie gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen richten"; Merz, Kartellrecht, S. 228. Ulmer, Darstellung, S. 3. Der Schutz des Wettbewerbes ist eine Doppelaufgabe. Einerseits sind unlautere Wettbewerbshandlungen zu bekämpfen (UWG) und andererseits gilt es, die Freiheit des Wettbewerbes zu sichern (KG); Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 80/81. Baumbach/Hefermehl bezeichnen diese zwei Hauptaufgaben des Wettbewerbsrechtes als "Qualitätsschutz" (UWG) und als "Existenzschutz" (KG), S. 80/81.

keitsrechtliches Problem zu sehen und zu lösen (5). Dabei stellt sich die Frage, ob eine zivilrechtliche Wertung auch Kriterien des Gesamtinteresses zu berücksichtigen habe oder ob solche öffentlich-rechtliche Erwägungen lediglich gestützt auf die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des KG zum Zuge kommen dürfen.

Vertreter einer grundsätzlichen Trennung von privatem und öffentlichem Kartellrecht sind der Ansicht, der Begriff "überwiegende schutzwürdige Interessen" enthalte nur eine privatrechtliche Wertung. Dieser Meinung wird entgegengehalten, kartellrechtliche Interessen liessen sich nicht vom Gesamtinteresse trennen, da Wettbewerbsfreiheit, gemäss Vorstellung des Gesetzgebers, "ein überindividueller Wert, ein Wert somit, der vom Gedanken des Allgemeininteresses und des Gemeinwohls geprägt" sei (6). Abgesehen vom bereits erwähnten Umstand, dass dem schweizerischen Kartellgesetz eine gesicherte dogmatische Grundlage abgeht, offenbart sich in diesem Streit um die "richtige" Anwendung des Kartellgesetzes ein weiteres Grundproblem des Wettbewerbsrechtes: die Durchdringung des Rechts mit Begriffen, welche in ihrem Gehalt rechtsfremd und deshalb mit dem herkömmlichen Instrumentarium namentlich des Privatrechts nur mangelhaft erfassbar sind.

Ob es dem Wirtschaftsrecht gelingen wird, "den Dualismus privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Ordnung zu

5) Im folgenden werden Zivilrecht und Privatrecht, bzw. zivilrechtlich und privatrechtlich als Synonyme verwendet; ebenso öffentlich- und verwaltungsrechtlich im Zusammenhang mit den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes.

6) Deschenaux, L'esprit, S. 218/219; Uebersetzung von Hans Merz, Kartellgesetz, S. 50.

überwinden und, unter Wahrung der beiden Bestandteile, ihren inneren Ausgleich zu finden" (7), wird in Zukunft massgeblich darüber entscheiden, wie weit das Wettbewerbsrecht die ihm übertragene Aufgabe lösen kann, den Wettbewerb bzw. die Wettbewerbsfreiheit zu erhalten und zu fördern.

7) Hug, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, S. 34.

1. KAPITEL

Sozialphilosophische Grundlagen
des Kartellrechts

I. KARTELLRECHT ALS TEIL DER WIRTSCHAFTSPOLITIK

Unter Wirtschaftspolitik versteht man die gestaltenden Massnahmen, "die der Staat oder von ihm abgeleitete oder faktisch zuständige Einrichtungen im Hinblick auf Wirtschaftsprozess, Wirtschaftsstruktur und Wirtschaftsordnung treffen" (8). Aus wettbewerbspolitischer Sicht kommt der Wirtschaftspolitik die Aufgabe zu, die Marktteilnehmer in ihrem Verhalten dahin zu beeinflussen, dass sich die Marktprozesse als Wettbewerbsprozesse abspielen (9). Diese weite Begriffsumschreibung erfasst das Kartellrecht als Teilbereich der Wirtschaftspolitik insofern, als dieses dem quantitativen Schutz der Wettbewerbsordnung dient.

Fasst man Kartellrecht als Teil der Wirtschaftspolitik auf, stösst die Kartellrechtstheorie an erkenntnistheoretische und politische Grenzen, die dem Wirtschaftspolitiker bzw. -theoretiker eher vertraut sind als dem Kartelljuristen. In der wirtschaftsrechtlichen oder ordnungspolitischen Betrachtungsweise hat das Kartellrecht für die "richtige" Koordination der Wirtschaft zu sorgen (10). Diese "Beeinflussung sozialer Zustände ... in einem erwünschten Sinne" (11) entspricht zwar der von der Gesetzgebungswissenschaft vertretenen Rechtsfunktion. Sie ist aber insofern problematisch, als diese "sozialen Zustände" mit dem dem Juristen zur Verfügung stehenden Begriffsinstrumentarium nur mangelhaft erfasst werden können.

8) Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stichwort "Wirtschaftspolitik", S. 210.

9) Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 178.

10) Schluep, Fragestellungen, S. 18.

11) Noll, Gesetzgebungslehre, S. 63.

Ob das Kartellrecht seine wirtschafts- bzw. wettbewerbspolitische Funktion, den Schutz des "richtigen" wirtschaftlichen Koordinationsmittels (12), zu erfüllen imstande ist, hängt deshalb von zwei grundlegenden Bedingungen ab: zum einen von der Verfügbarkeit ausreichender wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse und zum anderen vom Bestehen eines politischen Entscheidungsmechanismus, welcher die theoretische und praktische Verwertung dieser Erkenntnisse gestattet.

II. ERKENNTNISTHEORETISCHE GRUNDLAGEN DER WETTBEWERBS- POLITIK

1. Rationalistisch-technokratischer Ansatz

Unter Rationalismus versteht man die Auffassung, die Welt lasse sich mit einem Netz von Theorien einfangen (13), mit dem Verstand erklären und beherrschen. Dem Wissenschaftler kommt aus dieser Sicht die Aufgabe zu, "die Maschen des Netzes immer enger zu machen" (14), um immer weniger Erscheinungen seinem Verstand entschlüpfen zu lassen. Diese Vorstellung von der Allmacht der Vernunft führt im wirtschaftstheoretischen Bereich zur Schlussfolgerung, die ordnungspolitische Problematik und damit zusammenhängend die wettbewerbsrechtlichen Fragen liessen sich mit

12) Die Funktion "Schutz der Persönlichkeit" wird an dieser Stelle ausser Acht gelassen. Der Frage, inwieweit sich die beiden Funktionen gegenseitig bedingen, wird später noch nachgegangen vgl. hinten, S. 71 ff.

13) Popper, Logik, S. 31/42.

14) Popper, Logik, S. 31.

Hilfe von mechanistischen Modellen lösen (15). Die Wettbewerbspolitik hätte sich demnach darauf zu konzentrieren, die wirtschaftlichen Prozesse so zu steuern, dass sie im Ergebnis den rational konstruierten Modellvorstellungen möglichst nahe kommen (16). Das bekannteste aus dieser Theorie hervorgegangene wettbewerbstheoretische Modell ist das der "vollkommenen Konkurrenz" (17). Daneben bestehen andere wie das der "weiten Oligopole" (18) oder die Konzepte der Verbindung von Planwirtschaft und Wettbewerb (19) (Konkurrenzsozialismus) (20).

Gegen die rationalistische Lösung des ordnungspolitischen Problems bestehen allerdings gewichtige Argumente:

- Die Wissenschaft liefert uns zu wenig Kenntnisse von den wirtschaftlichen Zusammenhängen und Gesetzmässigkeiten. Ohne diese lassen sich aber klare Ziel-Mittel Beziehungen nicht formulieren (21).

15) Albert, Ordnung, S. 3. Hoppmann, Bedeutung, S. 8. "Es ist dem menschlichen Geist völlig gemäss, dass seine Beobachtung der Vergangenheit ihm die Bewegung der Zukunft in Wirtschaft und Politik enthüllt, ganz wie es im Bereich der Astronomie, der Physik, der Chemie und Physiologie geschieht"; August Comte, Rede über den Geist des Positivismus, Zit. in: Kneschaurek, Ungewissheit, S. 582.

16) Hoppmann, Bedeutung, S. 8ff.

17) Vg. hinten S. 26.

18) Hoppmann, Bedeutung, S. 8. Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 44.

19) Sik, Argumente, S. 28, vertritt die Meinung, es müsse mit Hilfe der "bewussten demokratisch-sozialistischen Ueberwindung all jener Widersprüche", die dem kapitalistischen Wettbewerbssystem innewohnen, eine neue Lösung des Ordnungsproblems gefunden werden.

20) Hoppmann, Bedeutung, S. 7.

21) Albert, Ordnung, S. 3 ff.

- Noch schwieriger ist die Bestimmung konkreter Zielvorstellungen, da sich solche nur aufgrund allgemein anerkannter Wertvorstellungen ergeben können (22). Man bewegt sich dabei in einem Bereich, in dem nichts bewiesen noch widerlegt werden kann (23).
 - Mit der Frage nach objektiv anerkannten Wertvorstellungen ist auch diejenige nach dem Gemeinwohl verbunden. Dieses setzt sich aus allgemein anerkannten "objektiven Werten" (24), aus "wohlverstandenen Interessen" zusammen (25). Solange aber Wertvorstellungen sich nicht objektiv feststellen lassen, wird es wohl nie ein "solches Ding wie ein eindeutig bestimmtes Gemeinwohl" geben (26).
-

- 22) Albert, Ordnung, S. 4. Einen guten Ueberblick über das Wertproblem im Zusammenhang mit der Politik und den Aufgaben des Staates gibt Krüger, Staatslehre, S. 674 ff. Zum Begriff des Wertes im allgemeinen, vgl.: Schluep, Markenrecht, S. 313 ff.
- 23) Jöhr, Werturteilsstreit, S. 26.
- 24) Schluep, Markenrecht, S. 317.
- 25) Schluep, Markenrecht, S. 317.
- 26) Schumpeter, Kapitalismus, S. 399. Tenbruck, Grenzen, S. 365 ff., insb. S. 371. Tenbruck weist auf die Indeterminiertheit der Gesellschaft im allgemeinen hin, wobei diese vor allem im Bereich der Werte und Ideen gross sei. Vgl. dazu auch: Historisches Lexikon der Philosophie, Stichwort "Gemeinwohl". Krüger, Staatslehre, S. 766, vertritt die Meinung, die Idee des Gemeinwohls sei geradezu die Voraussetzung für das staatliche Handeln, selbst wenn das Gemeinwohl nicht näher definiert werden kann. M.E. scheint es in diesem Falle nicht mehr fruchtbar, vom Gemeinwohl zu sprechen, da dieser Begriff zu einer Leerformel wird. Was hier interessiert, ist nicht das Gemeinwohl schlechthin, sondern es sind einzelne allgemein anerkannte, gemeinwohlbezogene Kriterien, die der Wettbewerbspolitik als Richtlinien dienen können und von denen gesagt werden kann, sie lägen im Gesamtinteresse oder seien Ausdruck überwiegend schutzwürdiger Privatinteressen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass heute, im Gegensatz etwa zur Zeit zwischen 1945 und 1965, kaum mehr wirtschaftspolitische Ziele bestehen, die von sämtlichen politischen Gruppierungen bejaht werden. Dies hängt

- Schwierigkeiten der Durchführung ergeben sich bei diesem Ansatz auch aus dem Zwang zur Einzelfallprüfung (27). Um den faktischen Verlauf der Wirtschaft mit dem vorgegebenen Modell vergleichen zu können, muss von Fall zu Fall geprüft werden, ob etwa Preise künstlich hochgehalten werden oder wie weit gewisse wirtschaftliche Strukturen gerechtfertigt sind. Voraussetzung einer solchen Wirtschaftspolitik ist ein umfassender Verwaltungsapparat mit allen Nachteilen in bezug auf Effizienz und Kosten.
 - Rationalistische Modelle führen leicht zur Dogmatisierung "und damit zur Immunisierung der betreffenden Ueberzeugungen gegen rationale Argumente" (28). Gerade im wirtschaftspolitischen Bereich ist aber Offenheit gegenüber der sich schnell ändernden Wirklichkeit eine unbedingte Notwendigkeit.
 - In gesetzgeberischer Hinsicht führt eine rationalistische Lösung des Koordinationsproblems zu einer Häufung von Massnahmegesetzen (29). Es stellt sich die Frage, ob bei konsequenter Durchführung eines
-
- 26) Fortsetzung: damit zusammen, dass es grundsätzlich keine wert-indifferente und somit "problemlose" Wirtschaftspolitik gibt; Walter A. Jöhr in einer persönlichen Stellungnahme im Rahmen des Seminars zur schweizerischen Wirtschaftsverfassung unter der Leitung von Walter R. Schluep, an der Universität Zürich, Wintersemester 1976/77.
- 27) Hoppmann, Bedeutung, S. 12 ff.
- 28) Albert, Erkenntnis, S. 81. Albert, Traktat S. 73. Albert bezeichnet die Dogmatisierung als eine "Möglichkeit der menschlichen und sozialen Praxis überhaupt, in der die Tatsache zum Ausdruck kommt, dass der Wille, Gewissheit zu erlangen, über den Willen triumphiert, Problemlösungen zu erreichen, die für mögliche Kritik offen bleiben, daher dem Widerstand der Realität und dem Widerstand anderer Mitglieder der Gesellschaft ausgesetzt sind und sich dabei bewähren oder scheitern können".
- 29) Hoppmann, Bedeutung, S. 15 ff.

solchen Systems überhaupt noch Raum für privatrechtliche Normen übrigbliebe; denn das Individuum richtet sich bei der Ausübung seiner (subjektiven) Rechte, die ihm das Privatrecht zuweist (30), nicht nach der Ratio des Modells. Subjektive Rechtsmacht im Rahmen eines freiheitlichen Rechtssystems verträgt sich deshalb nicht mit einer rationalistisch-technokratischen Lösung des wirtschaftlichen Ordnungsproblems.

2. Systemtheoretischer Ansatz

Im systemtheoretischen Denken erscheint die Wirtschaft als komplexes, offenes System (31). Die Elemente dieses Systems, Individuen und Unternehmen (32), sind bei der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten lediglich an allgemeine Verhaltensregeln gebunden (33), so dass das System durch Selbstregulierung im Gleichgewicht bleibt. "Die Kraft, die die Evolution speist, ist die positive Rückkoppelung, die negative Rückkoppelung ist die Kraft, die das System homöostatisch reguliert" (34). Auch hier müssen unerwünschte System-Abweichungen verhindert, bzw. korrigiert werden. Auf rechtlichem bzw. wirtschaftsrechtlichem Gebiet geschieht dies, im Gegensatz zum rationalistischen Ansatz, nicht in Form von zielgerichteten Massnahmegesetzen, sondern durch allgemeine Verhaltensregeln, durch "Rechtsgesetze" mit substantiellem Rechtsgehalt (Rule of Law). Das Kartellrecht stellt in diesem Falle eine "Rahmenordnung dar, die ein Teil der wirtschaftlichen Grundordnung ist" (35).

30) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 15.

31) Hensel, Bestimmung, S. 229.

32) Hoppmann, Bedeutung, S. 7 ff.

33) Hoppmann, Bedeutung, S. 7.

34) Hoppmann, Bedeutung, S. 7.

35) Hoppmann, Bedeutung, S. 17. Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 123.

Entsprechend beschränkt ist in diesem Konzept die Möglichkeit von Verwaltung und Gerichten, diskretionär in das Marktgeschehen einzugreifen.

Der systemtheoretische Ansatz macht eine Wirkungsanalyse durch Ergebnistests überflüssig (36). Gewisse Tatbestände gelten als solche (per se) als schädlich und sind somit verboten. Ob die Folgen im Einzelfall wünschenswert sind oder nicht, braucht nicht geprüft zu werden, denn "nur die Regel als Ganzes, nicht ihre einzelne Anwendung" muss gerechtfertigt werden (37). Diese Auffassung ist getragen von der Vorstellung der unsichtbaren Hand, welche das Verhalten der Individuen aufeinander abstimmt. Diese brauchen lediglich die "Rule of Law" zu respektieren, ohne dass für den einzelnen Kenntnisse gesamtwirtschaftlicher Zusammenhänge erforderlich sind. Das Privatrecht erhält unter diesen Umständen normativen Charakter (38), wobei die privatrechtliche Interessenabwägung zum Massstab der Beziehungen zwischen den Wirtschaftssubjekten wird. Allerdings ist zweifelhaft, ob es beim heutigen Entwicklungsstand der Wirtschaft noch möglich sei, Koordinationsprobleme allein aufgrund privatautonomer Rechtsbeziehungen zu lösen. In der bisherigen Entwicklung der modernen Gesellschaft hat sich denn auch gezeigt, dass sich die "richtige" Koordination der Wirtschaft nicht von selbst einstellt. Vor allem ist es kaum möglich, einmal entstandene wettbewerbspolitische Fehlstrukturen ohne schwerwiegende wirtschaftliche und soziale Folgen zu beseitigen (39).

36) Hoppmann, Bedeutung, S. 13 ff.

37) Hoppmann, Bedeutung, S. 14.

38) Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 589.

39) Bühlmann, Tragweite, S. 197 f.

3. Funktionaler Ansatz

Mit der Absage an das dogmatisch-rationalistische Modelldenken und an den systemtheoretischen Ansatz, welche beide von einer wissenschaftlichen Geschlossenheit des Wirtschaftssystems ausgehen, geht die Suche nach einem Ansatz einher, welcher den realpolitischen Gegebenheiten des wettbewerbspolitischen Umfeldes mehr entspricht. Ausgangspunkt dafür ist die Annahme, im Wirtschaftsrecht könne "richtige" Erkenntnis nur durch Vorwärtsschreiten von Hypothese zu Hypothese gefunden werden (40); Richtigkeits- und damit Gerechtigkeitskriterien seien Parameter, die sich im Laufe der Zeit wesentlich ändern können.

Der funktionale Ansatz zeichnet sich dadurch aus, dass Rechtsnormen nicht an ihrem feststehenden Rechtsgehalt, sondern an ihrer Rechtsfunktion gemessen werden.

40) Feyerabend, Methodenzwang, S. 35 ff. In seiner "anarchistischen Erkenntnistheorie" wendet sich Feyerabend gegen den Wahrheitsanspruch der Wissenschaft. Nach Feyerabend kann die Richtigkeit einer Theorie nur unter Berücksichtigung des Weltbildes beurteilt werden, aus dem heraus sie gewonnen wurde. Daraus ergibt sich, dass jede Gewissheit nur eine relative und zudem eine vorläufige ist. In Feyerabend's Konzeption zählt "die Entwicklung einer Theorie über lange Zeiträume und nicht ihre Gestalt zu einem bestimmten Zeitpunkt" (S. 254). Zum selben Ergebnis gelangen auch die indeterministischen Erkenntnistheorien Popper's und Albert's, auch wenn Feyerabend Popper's Kampf gegen den Positivismus als "imaginären" Heldenstreich bezeichnet. Feyerabend, Erkenntnis, S. 274, zu Popper's Autobiographie, Unended Quest, Glasgow-London 1976, S. 87, wo Popper für sich in Anspruch nimmt, den Positivismus getötet zu haben. Albert, Ordnung, S. 3 ff. Popper, Erkenntnis, S. 81 ff. Hayek, Theorie. Zur Kritik des theoretischen Autonomieanspruches der Nationalökonomie, vgl.: Haller, Zielkonflikte, S. 147 ff. Haller betrachtet die Opferung der Geschlossenheit der Nationalökonomie zugunsten der "Begründung eines empirischen Verträglichkeitsmodells" als notwendig (S. 156). Dux, Strukturwandel, S. 343 ff. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 53 ff.

Wesentlich für die Bedeutung einer Norm ist dabei die Frage, wie weit diese Norm zur Lösung des mit ihr anvisierten Probleme beiträgt. Merkmale der Funktionalität im Wirtschaftsrecht sind Interdisziplinarität, Realitätsbezogenheit und Offenheit (41). Dogmatische Schwierigkeiten ergeben sich bei diesem Ansatz insofern, als der Inhalt der Privatrechtsnormen auf Institute ausgerichtet ist, welche primär nicht rechtlicher Natur sind (z.B. Markt, Wettbewerb, Monopol usw.). Das Problem der Funktionsträgerschaft der Privatrechtsinstitute wird namentlich dann sichtbar, wenn es darum geht, den Inhalt der einzelnen Funktionen näher zu bestimmen. Dabei zeigt sich, dass die von der Theorie des Wirtschaftsrechts vertretenen Begriffe der Interdisziplinarität und der Realitätsbezogenheit das geltende System rechtlicher Massstäbe zu sprengen drohen (ob in positivem oder negativen Sinne, sei hier noch offengelassen) (42).

41) Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 83.

42) Homburger, Funktion, S. 333 ff., betont, dass der Gedanke der Funktionsträgerschaft der Privatrechtsinstitute ebenso alt wie einleuchtend sei (S. 336), wogegen die inhaltliche Bestimmung dieser Funktion Anlass zur Diskussion gebe (S. 340). Dagegen ist einzuwenden, dass gerade im Wirtschaftsrecht die Funktionsträgerschaft nicht als selbstverständlich gelten kann. Funktion des Kartellrechts ist (neben dem Schutz der Persönlichkeit) unbestrittenermassen auch der Schutz des Wettbewerbes. Wenn aber umstritten ist, dass zivilrechtliche Institute im KG auch unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu werten sind, wird damit die Funktionalität als solche in Frage gestellt. Vgl. dazu: Carl Baudenbacher, Funktionaler Ansatz bei der Revision des UWG, NZZ Nr. 194 vom 22.8.1980, S. 21. Koller P., Möglichkeiten, S. 1 ff. Maihofer, Funktion, S. 13 ff.

Der Begriff der Interdisziplinarität weist darauf hin, dass die Funktionen des (Wirtschafts-) Rechts nicht allein aufgrund von rechtlichen, insbesondere zivilrechtlichen Kriterien zu bestimmen sind (43). Vielmehr besteht die Notwendigkeit, andere Wissenschaften, namentlich die Wirtschaftswissenschaften, zur Entscheidungsfindung beizuziehen. So lässt sich etwa die Frage, ob einem Unternehmen Marktmacht zukomme, nicht ohne die Zuhilfenahme wirtschaftstheoretischer Aussagen beantworten. Der Jurist wird unter solchen Umständen gezwungen, "interdisziplinär" vorzugehen; d. h. er muss rechtliche und nichtrechtliche Wertungen in einem noch näher zu erläuternden Masse zueinander in Beziehung setzen (44).

Die Gegenüberstellung der drei wissenschaftstheoretischen Ansätze zeigt, dass Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht nicht losgelöst von einem erkenntnistheoretischen "Bekenntnis" gestaltet werden können. Namentlich beim zentralen Begriff des Wettbewerbes ist von entscheidender Bedeutung, ob ein rationalistisch-mechanistischer, ein systemtheoretischer oder ein funktionaler Ansatz die Grundlage konkreter Normierungsbemühungen bildet.

43) a.M.: Homburger, Funktion, S. 344: "...die Anwendung der lit. a und b des Art. 5 [erfordern] nicht notwendig eine wirtschaftspolitische Beurteilung des Kartellverhaltens...".

44) Vgl. dazu: S. 84 ff.

III. WETTBEWERB - BEGRIFF ZWISCHEN RECHTS- UND WIRTSCHAFTS- WISSENSCHAFT

1. Rechtfertigung des Wettbewerbes

A) Wettbewerb als sittliches Prinzip

Der wirtschaftliche Wettbewerb wird oft und gern mit dem sportlichen Wettbewerb verglichen. Damit verbunden ist auch die Ansicht, Wettbewerb sei von jeher ein geeignetes Mittel gewesen, den Menschen zu Höchstleistungen anzuspornen. In der Tat nahm der "Wettstreit unter Gleichen" in der hellenischen Welt eine zentrale Stellung ein (45). Doch war dies in erster Linie ein "sportlicher" Wettbewerb, auch wenn er sich auf die verschiedensten Gebiete wie Sport, Kunst, Rhetorik und sogar Wissenskunst erstreckte (46). Demgegenüber ist der wirtschaftliche Wettbewerb als ein Merkmal der Neuzeit zu verstehen, in erster Linie geprägt durch die Weltanschauung des 18. und 19. Jahrhunderts (47). Von seinen frühesten Vertretern wurde er als Naturgesetz angesehen, welches erlaubte, die "individuelle Vernunft als Regulator des Lebens" einzusetzen (48). Gleichzeitig sollten damit höchste wirtschaftliche Leistungen mit grösstmöglicher individueller Freiheit verbunden werden. Wettbewerb galt als

45) Burckhardt, Kulturgeschichte, S. 167.

46) Brockhaus Enzyklopädie, Wiesbaden 1966, Stichwort "Agon".

47) von Wiese, Wettbewerb, S. 25 ff. Krüger, Staatslehre, S. 454 ff. Merz, Wettbewerbsrecht, S. 355 ff.

48) Schapiro, Liberalismus, S. 20. Krüger, Staatslehre, S. 456. von Wiese, Wettbewerb, S. 28.

identisch mit persönlicher Freiheit. Es sollte die wirtschaftliche Entscheidungsbefugnis auf möglichst viele (unendlich viele) Entscheidungsträger verteilt und so das Entstehen wirtschaftlicher Macht verhindert werden (49).

Eine solche halb ethische, halb wirtschaftliche Begründung des Wettbewerbs birgt allerdings gewisse Gefahren in sich. In erster Linie spricht dagegen die von verschiedenen Autoren vorgebrachte Vermutung, der Mensch sei zwar nicht grundsätzlich schlecht, er neige aber dazu, in grösseren Sozietäten seine Moral entscheidend zu ändern (50). Zweifelhaft ist weiterhin, ob selbstsüchtige Triebe durch den Wettbewerbsprozess in die richtigen Bahnen gelenkt werden, so dass sich Einzel- und Gesamtinteresse langfristig, von der ominösen unsichtbaren Hand gelenkt, decken (51).

Dem wirtschaftlichen Wettbewerb liegt, im Gegensatz zum sportlichen, eine Antinomie des Modells zugrunde, welche dessen Funktionieren in Frage stellt (52). Einmal sollte die Zahl der Teilnehmer möglichst gross sein. Andererseits lässt der Wettbewerb nur den

49) Jöhr, Rechtfertigung, S. 157 ff.

50) Schapiro, Liberalismus, S. 23. Lorenz, Das sogenannte Böse, S. 222 ff, insb. S. 223. Fromm, Lieber fliehen als kämpfen, S. 54 ff. Niebuhr, Moral Man, S. 257 ff. Während für Lorenz das Wegfallen natürlicher Aggressionshemmer in der Vermassung der modernen Gesellschaft die Ursache sozialer Konflikte ist, weist Fromm die aus dem Tierreich abgeleitete Aggressionstheorie Lorenz' zurück. Nach Fromm ist der Mensch nicht von Natur aus aggressiv. Vielmehr verliere er in der heutigen Gesellschaft die Identität mit seinen Mitmenschen, werde entpersönlicht und damit destruktiv.

51) Krüger, Staatslehre, S. 462.

52) Krüger, Staatslehre, S. 459.

Besten überleben, währenddem die übrigen Teilnehmer (Grenzbetriebe) ausscheiden. An diesem Punkt kann aber nicht, wie bei einem Wettrennen, unter den ursprünglichen Bedingungen neu gestartet werden. Vielmehr bedeutet das Ausscheiden für die Betroffenen einen schweren wirtschaftlichen und menschlichen Schaden. Zugleich wird die Funktionsfähigkeit des Systems erheblich beeinträchtigt oder allenfalls aufgehoben.

Ein weiterer Nachteil des wirtschaftlichen Wettbewerbes besteht darin, dass er den Teilnehmern fortwährende Kraftanstrengungen abverlangt. Dies erklärt die Neigung der einzelnen Wirtschaftsbetriebe, sich ein Ruhekissen in Form eines Kartells zu verschaffen, auf dem sich ungestört und frei von wirtschaftlicher Bedrohung leben lässt.

Der Wettbewerb als Veranstaltung, in der der einzelne seine Persönlichkeit ungestört entfalten kann und die zugleich ökonomische Vorteile verspricht, ist mithin von vielen Faktoren bedroht, denen eine Wettbewerbsgesetzgebung Rechnung zu tragen hat. Es muss versucht werden, die Nachteile des Wettbewerbes klar zu erkennen. Es wäre falsch, den Wettbewerb dort zu fördern und zu schützen, wo die Voraussetzungen für dessen positiven Ergebnisse fehlen. Dies betrifft namentlich das Vorhandensein gleichstarker Teilnehmer (53). Wo dieses Kriterium fehlt, kann der Wettbewerb anstelle eines ethischen Sozialprinzipes "zu einem Werkzeug der Selbstsucht und der Sinnlosigkeit" (54) werden.

53) von Wiese, Wettbewerb, S. 28.

54) von Wiese, Wettbewerb, S. 28.

B) Oekonomische Funktionen des Wettbewerbes

Der Versuch, den Wettbewerb als ethisches Prinzip zu betrachten, welches im Wirtschaftsprozess die Durchsetzung grösstmöglicher individueller Freiheit erlaubt, muss scheitern, sofern dieses Prinzip als hauptsächliche Begründung einer Wettbewerbswirtschaft dient. Es stellt sich deshalb die Frage, welche ökonomische Bedeutung dem Wettbewerb als Ordnungsprinzip zukommt und ob es gerechtfertigt sei, Wettbewerb als "Lebensstruktur der modernen Welt" (55) zu bezeichnen (56).

Der Begriff Wettbewerb wird gemeinhin in dreifacher Beziehung verwendet, nämlich in bezug auf die gesamte Volkswirtschaft, auf den Markt bestimmter Produkte sowie auf einzelne Unternehmen (57). Die diesbezüglichen Definitionen sind aber insofern von beschränktem Nutzen, als sie jeweils das Schwergewicht auf einzelne Wettbewerbsaspekte legen (58). An dieser Stelle soll deshalb nicht von einer definitorischen Umschreibung des Wettbewerbes ausgegangen werden. Praktikabler ist es, die Funktionen zu betrachten, die der Wettbewerb als wirtschaftliches Ordnungsprinzip zu erfüllen hat (59).

55) Schapiro, Liberalismus, S. 21.

56) Buxbaum, Antitrust Policy, S. 346. Buxbaum weist auf die Bedeutung einer sowohl ökonomischen als auch nicht ökonomischen Begründung des Wettbewerbes hin.

57) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 30 ff.

58) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 35, betrachten ein allgemeines Vorstellungsbild vom Wettbewerb als genügend, wobei dieses seinen Bezug in der Wettbewerbsfreiheit hat. Diese wiederum bildet den wichtigsten rechtlichen Ansatzpunkt des Wettbewerbsrechtes.

59) Fröhlicher, Kartellkommission, S. 240.

a) Antriebsfunktion

Ein Wirtschaftssystem braucht andauernde Impulse, welche die Tätigkeit der Wirtschaftssubjekte inganghalten. Dass der Altruismus eine solche Triebfeder sei, kann zum vornherein ausgeschlossen werden (60). Auch unmittelbarer Zwang, z. B. in Form von zentralistisch ausgearbeiteten Planvorgaben ist mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden, auf die hier jedoch nicht eingegangen werden soll. Als Wettbewerbsmotivation kommen legitimerweise (neben andern) vor allem Ehrgeiz und Erwerbstrieb in Frage (61). Damit soll nicht eine liberale Wirtschaftsordnung Smith'scher Prägung verteidigt werden. Vielmehr gilt es, Ehrgeiz und damit den Willen zur Macht und Erwerbsstreben dort auszunützen, wo das mit andern Zielen der Wirtschafts- und Sozialpolitik zu vereinbaren ist.

b) Allokationsfunktion

Unsere Wirtschaft steht "unter dem kalten Stern der Knappheit" (62). Wann, wo und wie die nur beschränkt zur Verfügung stehenden Produktionsmittel eingesetzt werden, hat der Wettbewerbsmechanismus zu entscheiden. Träger der Entscheidungen sind die Unternehmer (Produktionsentscheide) und die Konsumenten (Konsumentscheide). Mit der Allokationsfunktion obliegt dem Wettbewerb eine Aufgabe, die durch eine zentrale Planstelle nur sehr schwer zu erfüllen ist. Dies umso mehr, als Produktions- und Konsumentscheide weitgehend wertabhängig sind. Als Orien-

60) Krüger, Staatslehre, S. 462 ff.

61) Krüger, Staatslehre, S. 456.

62) Schneider, Einführung, S. 64.

tierung für das Erstellen der (mikroökonomischen) Individualpläne dient der Preis. Er ist das Mittel, mit dessen Hilfe die Einzelpläne koordiniert werden.

c) Koordinationsfunktion

Im weiteren hat der Wettbewerb die Tätigkeiten der verschiedenen Wirtschaftssubjekte zu koordinieren (63). Dies geschieht nicht durch die berühmte "unsichtbare Hand", obwohl diese Ansicht noch immer da und dort durchschimmert, sondern über den Mechanismus des Preises (64). Wo eine mehr oder weniger freie Preisbildung nicht gewährleistet ist, kann die Koordinationsfunktion nicht erfüllt werden.

d) Distributionsfunktion

Der Wettbewerb sorgt für die "primäre Einkommensverteilung nach dem produktiven Beitrag im Wirtschaftsprozess" (65). Massstab des gesellschaftlichen Wertes ist die wirtschaftliche Leistung. Dass die Aussicht auf Belohnung zu grossen wirtschaftlichen Erfolgen führen kann, ist unzweifelhaft. Doch gilt es immer zu prüfen, ob nicht einzelnen Wirtschaftssubjekten zuviel Einkommen zufliesst, d. h. ob die Verteilung einer vertretbaren Anschauung von Gerechtigkeit entspricht (66). Eine allgemeingültige Aussage darüber, was ein gerechter Anteil am Sozialpro-

63) Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 154/155.

64) Pilz, System, S. 16 ff. Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 156.

65) Willemsen, Wettbewerbstheorie, S. 71.

66) Schumpeter, Kapitalismus, S. 122 f.

dukt ist, lässt sich allerdings nicht machen. Es kommen verschiedene Kriterien für die Zumessung in Frage, wie z. B. Arbeitsleistung, Wissen, Erfahrung, Kreativität usw. (67). Unabhängig davon, nach welchen Massstäben der Wettbewerb die Distributionsfunktion erfüllt, gilt es als gesicherte Tatsache, dass die soziale Sicherheit als Kriterium zu kurz kommt und deshalb durch die Politik zusätzlich, d. h. im Sinne einer Wettbewerbskorrektur zu fördern ist.

e) Konstituanten des Wettbewerbes

Für das Entstehen einer Wettbewerbswirtschaft müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, welche den Wettbewerb, wenn auch nicht erzwingen, doch zumindest ermöglichen. Abgesehen von der geistigen Haltung der Marktteilnehmer, d. h. vom Willen zum Wettbewerb, interessieren uns vor allem die wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen.

Eucken nennt als "konstituierende Prinzipien":

- Primat der Währungspolitik (Herstellung eines funktionierenden Preissystems);
- Offene Märkte;
- Privateigentum;
- Vertragsfreiheit;
- Haftung;
- Konstanz der Wirtschaftspolitik (68).

67) Küng, Gerechtigkeit, S. 23 ff.

68) Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 160-174.

Daneben sind verschiedene Grundrechte für eine freie wirtschaftliche Entfaltung von Bedeutung wie:

- Rechtsgleichheit (Art. 4 BV);
- Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit (ungeschriebenes Verfassungsrecht);
- Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV);
- Pressefreiheit (Art. 55 BV) (69).

Durch "Ablaufhilfen" wie Geld- und Börsenordnung, technische Masse u. ä. wird der Wettbewerb erleichtert (70). Schliesslich ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, den Wettbewerb gegen qualitative (UWG) und quantitative (KG) Beschränkungen zu schützen (71).

2. Wettbewerbspolitische Leitbilder

Das Wettbewerbsrecht schützt den freien Wettbewerb in seinem Bestand gegen Beschränkung oder Ausschaltung (72). Als Grundlage für die quantitative Kontrolle des Wettbewerbes sind blosse Definitionen des Wettbewerbes ungenügend (73). Aus diesem Grunde wird anhand von wettbewerbspolitischen Leitbildern (Denkmodellen) geprüft, ob und wie weit der Wettbewerb noch als genügend intensiv angesehen werden kann (74). Beim rationalistischen Modell des vollkommenen Wettbewerbes werden sowohl die Bedingungen für das Zu-

69) Pilz, System, S. 28 ff. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 59 ff.

70) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 96.

71) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 96/97.

72) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 81.

73) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 35.

74) Willemsen, Wettbewerbstheorie, S. 38. Böhm, Wirtschaftsordnung, S. 8.

standekommen als auch die Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses geprüft. Dagegen beschränken sich die übrigen Leitbilder darauf, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen in der Regel ein günstiges Wettbewerbsergebnis zustandekommen muss.

A) Das Modell der vollkommenen Konkurrenz

Das Modell der vollkommenen Konkurrenz, ältestes und einfachstes "Mittel zur Erkenntnis der Marktwirtschaft" (75) ist ein Gedankengebäude, bei dem der Forscher "Herr aller Bedingungen bleibt" (76).

Freiheiten haben antinomischen Charakter und stellen sich gegenseitig in Frage (77). Im Modell der vollkommenen Konkurrenz übernimmt der Wettbewerb die Aufgabe ihrer Gewährleistung im Rahmen gegenseitiger Verträglichkeit. Machtlosigkeit der Wirtschaftsteilnehmer (als Voraussetzung der vollkommenen Konkurrenz) wird mit wirtschaftlicher Freiheit gleichgesetzt (78).

Noch für das erste deutsche GWB hat dieses Modell als ideologisches Leitbild gedient (79); doch hat sich heute die Erkenntnis durchgesetzt, dass der wirkliche Wettbewerb stets ein unvollkommener ist (80). Gründe dafür sind die beschränkte Zahl der Marktteilnehmer, die Heterogenität der Güter, Preisdifferenzierungen und unvollkommene Markttransparenz (81). Auch für das schweizerische Kar-

75) Jöhr, Wirtschaftsordnung, S. 240.

76) Jöhr, Wirtschaftsordnung, S. 240.

77) Koch, Freiheit, S. 270.

78) Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 180.

79) Lukes, Verständnis, S. 202.

80) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 40. Lukes, Verständnis, S. 202 f.

81) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 40.

tellgesetz, welches Wettbewerbsbeschränkungen nicht grundsätzlich verbietet, kann die vollkommene Konkurrenz nicht als wettbewerbspolitisches Leitbild (82) betrachtet werden. Allerdings wird im Gesetz nicht ausgeführt, wie weit der Wettbewerb unvollkommen sein dürfe (83).

B) Das Konzept des "Möglichen Wettbewerbes"

Der "Mögliche Wettbewerb", eine Schöpfung der Preisbildungskommission, insbesondere Fritz Marbachs, ist ein typisch schweizerischer Ansatz zur Lösung des Kartellproblems (84). Gemäss diesem Konzept genügt es, dafür zu sorgen, "dass es allen Wettbewerbswilligen im Rahmen von Recht und Sitte möglich ist, echten Wettbewerb auszuführen, d. h. aufgrund der eigenen Leistung sich um die Wette zu bewerben" (85). Wettbewerb soll nicht erzwungen, sondern lediglich ermöglicht werden.

a) Oekonomische Begründung

Damit der Wettbewerb seine wirtschaftlichen Funktionen erfüllen kann, muss ein gewisses Mindestmass an Konkurrenz erhalten bleiben. Dies ist der Fall, wenn dafür gesorgt wird, dass Wettbewerbswillige die

82) Fröhlicher, Kartellkommission, S. 240. Zu den historischen und theoretischen Grundlagen der vollkommenen Konkurrenz (reine Marktwirtschaft, atomistische Marktstruktur): Pilz, System, S. 21 ff.

83) Was jeweils beim Versuch deutlich wird, die Gemeinwohlrelevanz des Kartellrechts zu konkretisieren. Vgl. etwa: VKK 1977, S. 59 ff. (Gutachten zum Prozess Denner gegen FIST). Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 583.

84) Koller, Konzeption, S. 149 ff. Merz, Der "Mögliche Wettbewerb", S. 429 ff. Marbach, Der "Mögliche Wettbewerb", S. 133 ff. Kartell und Wettbewerb, S. 160 ff. Votum Bundesrat Schaffner, Sten Bull NR 1962, S. 668.

85) Kartell und Wettbewerb, S. 161.

Möglichkeit haben, am Wettbewerb teilzunehmen. Der kartellistischen Tätigkeit werden so automatisch die gesamtwirtschaftlich notwendigen Schranken gesetzt (86). In der ökonomischen Begründung ist "die Gewährleistung der Wettbewerbsmöglichkeit ... nicht Selbstzweck, sondern lediglich Mittel zum Schutze des Wettbewerbes" (87).

b) Persönlichkeitsrechtliche Begründung

Entsprechend dem doppelten Zweck des Kartellrechts (88) ist die Gewährleistung der Wettbewerbsmöglichkeit auch Selbstzweck, indem damit die Persönlichkeitsentfaltung im Wirtschaftsleben geschützt wird. Die Anwendung des Kartellgesetzes bemisst sich hier nicht an wirtschaftlichen Ergebnissen, sondern am rein zivilrechtlichen Postulat der freien wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit.

c) Kritik

Das Konzept des "Möglichen Wettbewerbes" beruht auf der Annahme, Kartell-Aussenseiter, Substitutions- und Auslandskonkurrenz sorgen in der Regel dafür, dass der Wettbewerb nicht völlig ausgeschaltet wird. Die Ergebnisse dieser Wettbewerbskonzeption werden allerdings an keinen wirtschaftlichen Soll-Werten gemessen (89). Die Intensität des Wettbewerbes kann deshalb beeinträchtigt werden, ohne dass unter dem Gesichtspunkt des "Mögli-

86) Koller, Konzeption, S. 152.

87) Koller, Konzeption, S. 153.

88) Vgl. dazu: S. 38 ff.

89) Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 594 ff.

chen Wettbewerbes" eine schädliche Kartellwirkung vorliegt (90). Der "Mögliche Wettbewerb" erlaubt zwar dem Zivilrichter, sich in kartellrechtlichen Streitigkeiten an den ihm vertrauten Rechtswert der Persönlichkeit zu halten. Doch wird die Rechtssicherheit in der Auslegung des Kartellgesetzes mit wettbewerbspolitischer Ineffizienz erkaufte (91). Darüber hinaus wird die Konzeption des "Möglichen Wettbewerbes" durch die vielen Ausnahmen vom Verbot der Drittbehinderung in Art. 5 KG verwässert. Dies ist umso bedenklicher, als aufgrund der jüngsten Praxis des Bundesgerichts das Ziel der Ausnahmeordnung nicht die Verwirklichung des "Bonum commune" ist, sondern eine auf privatrechtlicher Interessenabwägung beruhende "Teilwertverwirklichung" (92). Eben deshalb ist es nur ein kleiner Schritt vom Leitbild des "Möglichen Wettbewerbes" zu demjenigen des "Möglichen Wettbewerbsausschlusses" (93).

C) Der Wettbewerb als komplexes System

Eng verbunden mit dem Konzept des "Möglichen Wettbewerbes" ist die Vorstellung vom Markt als komplexem, homöostatischem System (94). Sie wendet sich gegen die Auffassung, der Wettbewerb sei lediglich ein Mittel zur Erreichung gesamtwirtschaftlich günstiger Ergebnisse. Vielmehr könne "das innovatorische und somit evolutorische Potential einer Wirtschaft umso eher und umso besser genutzt und erschlossen werden ..., wenn die einzel-

90) Sieber, Kriterien, S. 55.

91) Mestmäcker, Rule of Reason, S. 39. Schürmann, Durchführung, S. 67. Kummer, Begriff, S. 120.

92) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 119 ff.

93) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 123.

94) Hopmann, Bedeutung, S. 9 ff.

nen Elemente und Individuen sich aufgrund ihrer eigenen Vorstellungen, ihrer eigenen Antriebe, Wünsche und Kenntnisse frei bewegen können und, geleitet durch allgemeine Verhaltensregeln, ihr Verhalten spontan an Märkten koordinieren" (95).

Beurteilungskriterien wettbewerbsrelevanten Verhaltens sind nicht ökonomische oder politische Ergebnisse. Entscheidend für das Marktverhalten ist die "Rule of Law", welche dem Individuum in Form von allgemeinen Verhaltensregeln den Handlungsspielraum abgrenzt (96).

An dieser Auffassung des Wettbewerbes bestehen berechtigte Zweifel, wie sie auch bei der Konzeption des "Möglichen Wettbewerbes" vorgebracht werden. So fragt sich in erster Linie, was zu tun sei, wenn die Ergebnisse des Systems nicht den Erwartungen entsprechen. Nach Hoppmann sind die Regeln des normativ-funktionalen Kartellrechts ständig der Entwicklung des Wettbewerbssystems anzupassen. Nur so lasse sich "zwischen der Scylla der Galbraithschen Unwirksamkeit und der Charibdis eines dirigistischen Interventionismus hindurchsteuern" (97).

95) Hoppmann, Bedeutung, S. 11. Hoppmann, Schutzobjekt, S. 80 ff. Im Gegensatz zu Hoppmann vertritt Haller, Zielkonflikte, S. 155, die Ansicht, die Erklärung des Wettbewerbssystems als homöostatisch stabilisiertes System funktioniere nur dank der Vernachlässigung von Führungs- und Störgrößen, welche das System mit seiner Umwelt verbinden. Das System sei daher zu öffnen und "Sollwertbedingungen des geschlossenen Wettbewerbssystems durch empirische Gesetzhypothesen (Verhaltenshypothesen)" zu ersetzen. Damit werde es auch möglich, auf entsprechende Erkenntnisse anderer Forschungsrichtungen zurückzugreifen.

96) Zum Begriff der "Rule of Law", vgl. vorne, S. 13.

97) Hoppmann, Bedeutung, S. 18.

D) Workable Competition

Dem Konzept der Workable Competition liegt die Idee zugrunde, dass nicht die Marktstruktur über das Vorhandensein, bzw. Fehlen von Wettbewerbsprozessen entscheidet (98). Weder gehe es darum, im Sinne des neoklassisch-modelltheoretischen Ansatzes ein ökonomisches Modell zu verwirklichen (99), noch genüge es, den Aktionsspielraum der Wettbewerber (im Sinne der "Rule of Law") nur negativ abzugrenzen, wie das bei den Konzepten unter B) und C) der Fall ist (100).

Die wettbewerbspolitische Grundfrage, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit ein Wirtschaftssystem durch Wettbewerb koordiniert wird, beantwortet sich im Konzept der Workable Competition wie folgt:

- Mehrere Marktteilnehmer, von denen keiner den Markt beherrschen darf;
- Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer;
- Rivalitätsbewusstsein zwischen den Konkurrenten;
- Freier Zugang zum Markt;
- Ungewissheit über wirtschaftliche Aktivitäten;
- Orientierung an Gewinn- und Verlusterwartungen (101).

98) Willemsen, Wettbewerbstheorie, S. 89 ff. Knöpfe, Wettbewerb, S. 241 ff. Für den Begriff "Workable Competition" werden auch "Effective Competition", "Funktionsfähiger" oder "Wirksamer Wettbewerb" gebraucht.

99) Hoppmann, Bedeutung, S. 9. Hoppmann, Wettbewerbspolitik, S. 397, S. 416.

100) Willemsen, Wettbewerbstheorie, S. 93. Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 178 ff.

101) Lukes, Verständnis, S. 204. Schürmann, Bundesgesetz, S. 37: "...gemeint ist (sc. im schweizerischen KG) Wettbewerb ..., wie er im Rahmen der schweizerischen Verfassung institutionell möglich ist und auch tatsächlich stattfindet".

Unter diesen Bedingungen, die auch erweitert oder zusammengefasst werden können, besteht die grösste Wahrscheinlichkeit, dass sich Wettbewerb wirklich einstellt und so seine günstige Wirkung entfaltet. Wichtig ist, dass der Wettbewerb nicht als definierbare Wirtschaftsstruktur aufgefasst wird. Er ist vielmehr ein Prozess, für den es keine feststehenden Voraussetzungen in bezug auf die Marktform, Marktlage und die unternehmerische Tätigkeit gibt (102). Das Konzept der Workable Competition unterscheidet sich von demjenigen des "Möglichen Wettbewerbes" dadurch, dass ein Mindestmass an Wettbewerb auch gegen den Willen der Marktteilnehmer durchgesetzt wird.

102) Knöpfle, Wettbewerb, S. 243.

2. Kapitel

Der systematische Ort des Kartellrechts

I. KARTELLRECHT ALS TEIL DES WIRTSCHAFTSRECHTS

Kartellrecht als eine Mischung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Normen lässt sich dogmatisch nur schwer in unser juristisches Denkschema einordnen. Es gehört logisch weder zum Privat- noch zum öffentlichen Recht. Die Teilung in privates und öffentliches Recht versagt aber nicht nur im Kartellrecht, sondern im gesamten Wirtschaftsrecht. Kartellrecht als Teil des Wirtschaftsrechts ist interdisziplinäres Recht (1).

Es wurde (und wird zum Teil auch heute noch) verschiedentlich versucht, das Wirtschaftsrecht als ein eigenständiges, abgesondertes System von Rechtsnormen darzustellen (2). Systematisierungsgrund ist die angebliche Verschiedenheit von "wirtschaftlichem" und "nicht wirtschaftlichem" Recht. So haben sich vor allem vier Ansätze behauptet, welche das Wirtschaftsrecht in diesem Sinne als "wirtschaftliches" Recht betrachten. Wirtschaftsrecht wird begriffen:

-
- 1) Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 83 ff: Der interdisziplinäre Charakter des Wirtschaftsrechts ergibt sich aus seiner Funktionalität, indem es im Wirtschaftsrecht darum geht, "den rechtstheoretisch zu sehr vernachlässigten Bezug auf die Wirklichkeit (...) und die Bezogenheit aller Bauelemente des positiven Rechts auf die von ihm zu leistenden Funktionen zum Ausgangspunkt der Erwägungen zu erheben". Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 591. Raiser, Zukunft, S. 13. Wiethölter, Recht, S. 248. Mestmäcker, normative Kraft, S. 442. a. M: Usteri, Verhältnis, S. 8: "Diese Zwischenkategorie (sc. des Wirtschaftsrechts zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht) hört sich theoretisch sehr schön an, ist jedoch bei näherer Betrachtungsweise eine kollektivistische nach den Lehren von Gierke, aber auch weitgehend sozialistische Auffassung des Privatrechts."
 - 2) Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 40 ff.

- als Methode, sämtliche soziologischen Gegebenheiten zu berücksichtigen;
- Systemrest, d. h. als Summe der nicht schubladisierbaren Normen;
- als Ausdruck eines besonderen wirtschaftlichen Zeitgeistes;
- als Ausdruck des Gegensatzes von Freiheit und Bindung (Konfliktrecht) (3).

Alle diese Ansätze führen dogmatisch zu keinem befriedigenden Ergebnis, denn sie beruhen auf Differenzierungen, die sich auch in anderen, nicht spezifisch "wirtschaftlichen" Lebensbereichen herauskristallisieren lassen. Wirtschaftsrecht ist demnach kein qualitativ eigenständiges Recht. Es setzt sich vielmehr aus denjenigen Normen zusammen, welche die Wirtschaft regeln. Das Rechtsobjekt ist die Wirtschaft, bzw. das Wirtschaften (4). Dem Wirtschaftsrecht obliegt damit die Aufgabe, die Tätigkeiten der Wirtschaft zu koordinieren und die Wirtschaftsordnung zu sichern (5).

II. KARTELLRECHT UND WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHT

Das Wirtschaftsverfassungsrecht, als Bereich des allgemeinen Wirtschaftsrechts, bildet einen Teil der rechtlichen Grundordnung des Staates, wobei ihm namentlich für die ökonomische Ordnung fundamentale

-
- 3) Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 66/67 und dort zitierte Literatur.
 - 4) Nawiasky, Rechtslehre, S. 167. Zum Begriff des "Wirtschaftens": Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 70.
 - 5) Raiser, Zukunft, S. 13, Zum Begriff der "Wirtschaftsordnung": Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 15. Schürmann, Wirtschaftsverfassung, S. 971 ff. Gygi, Wirtschaftsverfassung, S. 102 ff.

Bedeutung zukommt (6). Dabei ist der rechtliche Begriff der Wirtschaftsverfassung (7) nicht dem ökonomischen der Wirtschaftsordnung gleichzusetzen (8), denn im Gegensatz zu diesem berücksichtigt jener sowohl wirtschaftliche wie auch juristische Kriterien (9). Wie unter I. ausgeführt wurde, bewirkt die

- 6) Böhm, Wirtschaftsordnung, S. 27 ff. Umgekehrt beeinflussen aber auch die ökonomischen Gegebenheiten die rechtliche Ordnung. Denn die ökonomischen und rechtlichen "Regeln", welche unsere gesellschaftliche Ordnung bestimmen, sind nicht naturgesetzlicher Art, sondern haben ihren Ursprung im Menschen selbst, mit allen dessen Unzulänglichkeiten. Deshalb kann weder die Oekonomie, noch die Rechtswissenschaft den Vorrang vor der andern beanspruchen, noch können die beiden Gebiete vollständig voneinander getrennt werden; vgl. del Vecchio, Grundlagen, S. 130/131.
- 7) Schluep, Wirtschaftsrecht, s. 77. Gygi, Wirtschaftsverfassung, S. 102.
- 8) Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 3 ff.
In der Vorstellung des (Neo-) Liberalismus stehen Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung gleichbedeutend nebeneinander und werden zudem mit der Rechtsordnung identifiziert; Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 250. In dieser Denkweise kann die Politik nicht von aussen auf das Recht einwirken, da die Rechtsordnung selbst das Kernstück der Politik ist; Watkins, Theorie, S. 55. Im Gegensatz zu dieser Auffassung steht der Forderung, Recht sei als Instrument zu sehen und dementsprechend zu politisieren; Wiethölter, Privatrecht, S. 645 ff. 694. Verwirft man (in Ablehnung der liberalen Auffassung) im wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang die Eigenständigkeit und den Eigenwert des Privatrechts (im Sinne Wiethölters), stellt sich die Frage, ob man dabei nicht in die materialistische Geschichtsauffassung verfällt, welche Weltanschauung, Moral und Recht nur als Reflexe der ökonomischen Lage betrachtet. Aus der Gegenüberstellung dieser zwei Grundhaltungen erhebt sich eine für das Kartellrecht grundlegende Frage: Ist die ökonomische Lage (z.B. Güterverteilung, Allokation der Produktionsfaktoren, Preise u.a. wettbewerbsabhängige bzw. -relevante Kriterien) "machbar", oder soll sie sich, als Folge der Rechtsordnung "von selbst" ergeben? Vgl. dazu S. 9 ff. Zippelius, Geschichte, S. 170 f.
- 9) Gäfgen, Wirtschaftspolitik, S. 2/3. a.M.: Badura, Grundprobleme, S. 205 ff, insb. S. 207: "Juristisch kann von Wirtschaftsverfassung nur in bezug auf geltende Rechtssätze die Rede sein".

Grenzstellung des Wirtschaftsverfassungsrechts zwischen Oekonomie und Jurisprudenz, dass sich dieses Gebiet nur schwer in unser Rechtssystem einordnen lässt (10). Diese dogmatische Unsicherheit schlägt sich auch im Kartellrecht nieder. Die Folgen davon sind offensichtlich: keine einheitliche Zweckdefinition und damit verbunden kein allgemein anerkanntes wettbewerbspolitisches Leitbild. Dieser fehlende Konsens bezüglich des Normierungsobjektes "Wettbewerb" führt in der Anwendung des Kartellgesetzes zu Interessenkollisionen, die aus privatrechtlicher Sicht schlechthin nicht zu lösen sind. Das Kartellrecht droht damit, sowohl zum Tummelfeld als auch zum Spielball verschiedenster (Wirtschafts-) Interessen zu werden (11).

Im Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht zeigt sich die wirtschaftsverfassungsrechtliche Problematik insofern, als sich hier die grundsätzliche Frage erhebt: wie weit soll die Wirtschaft durch Private koordiniert werden, und an welchem Punkt hat der Staat lenkend oder korrigierend in das Wirtschaftsgeschehen einzugreifen? Eine Antwort darauf kann uns das Recht, namentlich das Privatrecht, allein nicht geben. Wenn Generalklauseln auf das Gesamtinteresse oder das öffentliche Interesse verweisen, können kartellrechtliche Konflikte offensichtlich nur anhand von gesamtwirtschaftlichen und wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kriterien gelöst werden (12).

10) Schmidt-Rimpler, Wirtschaftsrecht, S. 700/701.

11) Vgl. dazu Einleitung, S. 1 ff.

12) Vgl. dazu S. 85 ff.

III. ZWECK DES KARTELLRECHTS

1. Problematik der Zweckdefinition

Da das Kartellrecht, als Teil des Wirtschaftsrechts, nicht entweder dem Privat- oder dem öffentlichen Recht zugeordnet werden kann, haben sich zwei Ansätze herausgebildet, welche versuchen, von unterschiedlicher Warte aus den Zweck des Kartellrechts zu bestimmen: ein persönlichkeitsrechtlicher und ein wirtschaftsrechtlicher Ansatz (13). Im folgenden sollen die beiden Betrachtungsweisen erläutert werden. Ebenso ist zu zeigen, welche Konsequenzen sich aus dieser Trennung für die Anwendung und Fortbildung des Kartellgesetzes ergeben.

A) Persönlichkeitsrechtlicher Ansatz

Das schweizerische Wirtschaftssystem beruht auf der freien Privatwirtschaft mit den Eckpfeilern Handels- und Gewerbefreiheit, Eigentumsgarantie und Vertragsfreiheit. Diese sollen dem einzelnen erlauben, seine wirtschaftliche Persönlichkeit zu entfalten, ohne dabei von Dritten behindert zu werden (14). Dieser Gedanke kommt deutlich zum Ausdruck in der Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts, welche im berühmten Vögtlin-Urteil ihren Anfang nahm (15). Darin erkannte das BGr

13) Schluep, Fragestellungen, S. 20 ff. Schürmann, Fragen, S. 3. Königs, Wechselwirkungen, S. 1041.

14) Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 283.

15) BGE 22 II 175 ff. Schürmann, Entwicklung, S. 136. Giger, Grenzen, S. 48 ff.

dem einzelnen ein "persönliches Recht ... auf freie Ausübung seines Gewerbes [zu], kraft dessen er Eingriffe Dritter in die auf den natürlichen Lebensverhältnissen beruhenden Beziehungen seines Geschäftsverkehrs nicht zu dulden braucht" (16). In den folgenden Urteilen bestätigte das Gericht das Recht auf Persönlichkeitsentfaltung im Wirtschaftsleben und verstand darunter "Freiheit und Recht auf Bestätigung der Persönlichkeit" (17), "das Recht jeder Person auf Entfaltung ihrer Kräfte im Wirtschaftsleben" (18), "das Recht auf Bestätigung der Persönlichkeit in wirtschaftlicher Beziehung" (19).

Mit der Anerkennung und dem Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit wurde das Problem der Behinderung aber nicht gelöst. Denn auch die jeweils betroffene Gegenseite beruft sich im Konfliktfall auf anerkannte Rechte, vor allem auf Privatautonomie und Koalitionsfreiheit. Aus dieser Sicht lässt sich die Behinderung eines Wettbewerbswilligen statt als Persönlichkeitsverletzung ebenso gut als Grenzfall der Kartellautonomie denken.

Wörtlich verstandene Vertragsfreiheit neigt im Rahmen wirtschaftlicher Beziehungen dazu, sich selbst aufzuheben. Oft auch bedeutet sie nur für die eine Seite Freiheit, meistens für die stärkere (20), während sie für die Gegenpartei in eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit ausmündet. Der Versuch, der Behinderung mit den herkömmlichen Mitteln des Privat-

16) BGE 22 II 184

17) BGE 33 II 118

18) BGE 52 II 383

19) BGE 73 II 78

20) Merz, Kartellgesetz, S. 14. Krüger, Staatslehre, S. 458/459.

rechts entgegenzutreten, indem man sie als widerrechtlich oder als gegen die guten Sitten verstossend erklärt, geht im allgemeinen fehl (21). Wenn die Rechte beider Parteien grundsätzlich als gleichwertig anerkannt werden, müssen höherstehende Wertungen herangezogen werden, welche den Schutz des einen oder des andern Interesses rechtfertigen. So verstösst nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gegen das Recht, wer mit der Behinderung überwiegende schutzwürdige Interessen verfolgt, die er auf keine andere Weise wahren kann (22). Nicht durchgesetzt hat sich bis heute die Meinung, Behinderungen der wirtschaftlichen Persönlichkeit sei aufgrund einer Drittwirkung von Art. 31 BV entgegenzutreten. "Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundfrage, ob Art. 31 BV 74 auch das Verhältnis zwischen Privaten beherrsche, ist mit einer Ausnahme immer verneint worden" (23).

Die persönlichkeitsrechtliche Konzeption, welche vom Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit im Wettbewerb ausgeht, kann auf zwei Arten in eine Kartellgesetzgebung eingehen.

-
- 21) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 22/23. Merz, Kartellgesetz, S. 15.
22) BGE 86 II 365; BGE 82 II 292 ff.; BGE 80II 42. Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 108 ff.
23) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 110. Koller, Konjunkturartikel, S. 4/5. Auch wenn die direkte Drittwirkung nicht anerkannt wird, können doch Verfassungsgrundsätze für privatrechtliche Konflikte als Auslegungshilfen dienen; Merz, Kartellrecht, S. 231/232. a. M.: Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 39.

a) Persönlichkeitsschutz als Mittel, Wettbewerb
als Zweck

Bei der Schaffung des schweizerischen Kartellgesetzes ging der Gesetzgeber von der Annahme aus, der Wettbewerb sei für die Schweizer Wirtschaft das geeignetste und gewünschte Koordinationsmittel (24); der Schutz der Persönlichkeit diene mittelbar der Erhaltung des Wettbewerbes, der wiederum günstige Ergebnisse für das Gemeinwohl erziele (25). Gemeinwohl ist hier nicht zu verstehen als ein schillernder, überrechtlicher Begriff, mit dem mehr oder weniger sämtliche Eingriffe in die Wirtschaft gerechtfertigt werden können. Gemeint ist damit vielmehr eine Ordnung, in der das Wohl und die Freiheit des Individuums mit denjenigen der Allgemeinheit zusammenfallen. Das Kartellrecht erfüllt aus dieser Sicht die Aufgabe, die wirtschaftliche Ordnung zu sichern, indem es sie auf zwischenmenschliche Beziehungen reduziert (26); m.a.W. die wirtschaftliche Persönlichkeit soll im Wettbewerb vor allem mit zivilrechtlichen Mitteln geschützt werden (27). Gewährleistet wird so nicht der Wettbewerb als bestimmte Form der Wirtschaft, sondern lediglich die Möglichkeit des einzelnen, daran teilzunehmen, dadurch, dass er sein "Wirtschaften" nach eigenem Gutdünken organisieren darf.

Die Ergebnisse des Schutzes der wirtschaftlichen Persönlichkeit werden an keinen Soll-Werten gemessen,

24) BGE 45 I 357. Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 283. Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, S. 151 ff. Zu Begriff und Funktion des Wettbewerbes, vgl. S. 18 ff.

25) Merz, Kartellrecht, S. 255.

26) Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 25.

27) Schürmann, Bundesgesetz, S. 58. Haffner, Kartellgesetz, S. 140.

und man "begnügt sich mit der stillen Hoffnung, die allgemeine Freiheit werde - wohl von unsichtbarer Hand geleitet - zum gemeinen Besten ausschlagen" (28). Schwierigkeiten ergeben sich bei dieser Konzeption, wenn der Wettbewerb beschränkt oder gar aufgehoben ist, ohne dass eine zivilrechtlich relevante Behinderung vorliegt; so namentlich wenn ein Kartell sämtliche Marktteilnehmer der betreffenden Branche umfasst oder beim Vorhandensein kartellähnlicher Organisationen. In der Tat stellt heute nicht mehr die Kartellierung, sondern vielmehr die Unternehmenskonzentration das Hauptproblem der Wettbewerbspolitik dar (29). Da kartellähnliche Organisationen auf internem und externem Unternehmenswachstum beruhen, ist die Konzentration, im Gegensatz zur Kartellierung, in der Regel irreversibel (30).

In unserem Rechtssystem kann sich jedermann auf subjektive Rechte berufen, unabhängig davon, ob er wirtschaftlich schwach oder stark ist. Dadurch nimmt das grosse Unternehmen grundsätzlich eine bevorzugte Stellung ein, indem sein Interesse und dasjenige des kleinen Wirtschaftstreibenden als gleichwertig betrachtet werden, die Ausgangslagen im Wettbewerb aber grundverschieden sind (31). Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährt zwar Schutz gegen Missbrauch wirtschaftlicher Macht, kann aber nicht verhindern, dass sich solche bildet. Macht an sich ist keine Sünde (32).

28) Schluep, Fragestellungen, S. 28.

29) Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Aenderung des GWB, Bundestagsdrucksache VI/2520 vom 18.8.1971, S. 14 ff.

30) Zu den Begriffen des internen und externen Unternehmenswachstums: Drolshammer, Marktmächtige Unternehmen, S. 33/34. Schürmann/Sieber, Konzentration, S. 85 ff. Zwar kann Unternehmens-Konzentration mit Hilfe der Entflechtung rückgängig gemacht werden, doch ist dieses Vorgehen nur in den wenigsten Fällen praktikabel;

31) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 7.

32) Schluep, Fragestellungen, S. 29.

b) Wettbewerb als Mittel, Persönlichkeitsschutz
als Zweck

Bei dieser Konzeption, welche vor allem in Deutschland von Lukes und Fikentscher vertreten wird, ist der Schutz der Persönlichkeit im Wirtschaftsleben die letzte Rechtfertigung für das Kartellrecht (33). Am besten kann der einzelne seine Persönlichkeit im Wettbewerbssystem entfalten. Also muss der Wettbewerb geschützt und gefördert werden. Der Wettbewerb ist das Mittel, mit welchem das Grundrecht der persönlichen Freiheit verwirklicht werden soll (34). Im Gegensatz zur oben beschriebenen Variante kann sich der Ziviljurist hier nicht auf ein ihm vertrautes Rechtsgut stützen; denn beurteilt wird im Konfliktfall nicht die Persönlichkeit bzw. das Persönlichkeitsrecht, sondern der dem Juristen eher fremde Tatbestand "Wettbewerb". Aus diesem Grunde trägt dieser Ansatz die gesamte ordnungspolitische Frage "was ist Wettbewerb?" in sich und soll deshalb trotz der primär persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigung im folgenden zusammen mit dem wirtschaftsrechtlichen Ansatz behandelt werden.

B) Wirtschaftsrechtlicher oder ordnungspolitischer
Ansatz

Kartellrecht ist Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (35). Im wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang

33) Lukes Kartellvertrag, S. 185/299/302. Fikentscher, Wettbewerb, S. 79/306.

34) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 85: "Die Schaffung einer freiheitlichen Ordnung für alle Marktteilnehmer ... macht die Wertmaxime des Grundgesetzes, die freie menschliche Persönlichkeit, ..auch auf wirtschaftlichem Gebiet wahr. Der Wettbewerb garantiert allen Marktteilnehmern ein Mindestmass an wirtschaftlicher Freiheit...".

35) Merz, Kartellrecht, S. 229.

steht nicht der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit im Vordergrund, sondern die Frage nach dem "richtigen" Koordinationsmittel der Wirtschaft (36). Als solches kommen in Frage Wettbewerb, Plan und Gruppenabsprachen (37). Unter der Annahme, der Wettbewerb erbringe für eine Wirtschaft die günstigsten Ergebnisse, hat das Kartellrecht die rechtlichen Mittel bereitzustellen, welche den Wettbewerb gegen Beschränkungen oder Selbstaufhebung durch die Teilnehmer sichern (38).

Ordnungspolitisch kann dieser Ansatz auch genannt werden, weil die Wahl eines Koordinationsmittels gleichzeitig mitbestimmt, welche wirtschaftspolitische Ordnung im Sinne der Wirtschaftsverfassung herrschen soll. Entweder Selbstbestimmung der Individuen (Wettbewerb oder Gruppenabsprachen), oder zentrale Leitung des Wirtschaftsprozesses (39). Bei der Frage nach der "richtigen" Wirtschaftsordnung dürfen nicht nur rechtliche Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden. So wie die Wirtschaftsverfassung nicht von der politischen Verfassung getrennt dasteht, betrifft das wirtschaftliche Koordinationsproblem die gesamte Gesellschaft mit allen wirtschaftlichen, rechtlichen und soziologischen Gegebenheiten (40).

36) Schluep, Fragestellungen, S. 18.

37) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 95. Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 28, unterscheidet zwischen den zwei Grundformen der Wirtschaft "Zentralverwaltungswirtschaft" und "Verkehrswirtschaft".

38) Zum Begriff des Wettbewerbes, vgl. S. 18 ff. Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 152 ff.

39) Dabei ist zu beachten, dass die verschiedenen Organisationsformen nicht in reiner Form auftreten. Vielmehr beruht die Koordination der Wirtschaft auf Elementen aller drei Grundtypen, wobei deren Gewichtung je nach Wirtschaftsbereich variieren kann. Diese Verwässerung des Koordinationstypes schliesst aber nicht aus, dass ein Typ grundsätzlich vorgezogen wird; Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 95 f.

40) Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 754.

Im Gegensatz zur persönlichkeitsrechtlichen Begründung des Kartellrechts sieht sich der Jurist bei der wirtschaftsrechtlichen vor die Schwierigkeit gestellt, ihm sachfremde, d. h. nicht-juristische oder zumindest nicht primär juristische Gegebenheiten beurteilen zu müssen. Im Vordergrund stehen bei diesem Ansatz nicht zivilrechtliche, sondern wirtschaftsrechtliche oder wirtschaftspolitische Tatbestände (41). Auch solche können jedoch nur über konkrete Rechtsfiguren verwirklicht werden, wenn man bei deren Durchsetzung auf dem Boden des Rechts bleiben will. Aus diesem Grunde hängt die Wirksamkeit wirtschaftsrechtlicher Normen massgeblich davon ab, ob sich der Gesetzgeber auf ein konkretes Leitbild hat einigen können, welches für die Anwendung des Kartellgesetzes eine ausreichende Entscheidungsgrundlage abgibt (42). Dabei ist zu beachten, dass die Wirtschaft keine Maschine ist, die nach Lust und Laune in den Dienst von gesamtwirtschaftlichen Zielen gestellt werden kann (43). Mindestens teilweise führt sie ein Eigenleben, welches in selbständigen rechtlichen und moralischen Prinzipien verankert ist. Diese im Interesse der ökonomischen Leistungsfähigkeit zu vernachlässigen, darf sich das Wirtschaftsrecht nicht leisten (44). Mit dieser Aussage wird der wirtschaftsrechtliche Ansatz dahingehend relativiert, dass er, namentlich aus Rücksicht auf das Recht der Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit, nicht zum allein gültigen Massstab des Kartellgesetzes erhoben werden soll.

41) Schluep, Fragestellungen, S. 29 f. In diesem Sinne dient das Kartellrecht der Regelung der "Makroökonomie"; Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 578/79.

42) Vgl. dazu: S. 90 ff.

43) Schluep, Fragestellungen, S. 18.

44) Vgl. dazu: Anm. 6) und 8) dieses Kapitels.

2. Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung

Im Zusammenhang mit der Diskussion um persönlichkeits- und wirtschaftsrechtliche Begründung des Kartellrechts stellt sich auch die Frage, ob für das Kartellgesetz eine Missbrauchs- oder Verbotsgesetzgebung zu wählen sei und ob die beiden Unterscheidungen rechtslogisch zusammenhängen, bzw. sich entsprechen. Grundsätzlich können drei Möglichkeiten unterschieden werden, Monopole, Kartelle oder andere wettbewerbsbeschränkende Tatbestände zu erfassen. Allerdings treten diese drei Ansätze kaum je in reiner Form auf (45).

A) Die "do nothing" Haltung

Sie entspricht dem politischen laissez-faire, einer Auffassung, wonach der einzelne als Glied der Gemeinschaft dem Gemeinwohl am besten diene, wenn er sich wirtschaftlich völlig ungehindert entfalten kann. Stillschweigend wird angenommen, dass eine unsichtbare Hand, im Sinne von Adam Smith's Lehre, über die Koordination der Wirtschaft wacht (46). Zu korrigieren sind lediglich gewisse moralische Entgleisungen, Verstösse gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, oder Vergehen gegen die öffentliche Ordnung ("Rule of Law") (47). Diese Haltung ist für Länder mit einer spezifischen Kartellgesetzgebung nicht

45) Friedmann, Anti-Trust Laws, S. 522 f.

46) Smith, Wohlstand, S. 48 ff. Schneider, Einführung, S. 65 ff. S. 65 ff.

47) Hopmann, Schutzobjekt, S. 83.

aktuell (48). Dennoch wirkt sie bei den Vertretern der persönlichkeitsrechtlichen Begründung des Kartellrechts immer noch nach. So wird etwa in der Konzeption des möglichen Wettbewerbes angenommen, Wettbewerb stelle sich ein, wenn dem einzelnen der Zutritt zum Markt offenbleibt. Diese Auffassung gibt aber keine Antwort darauf, was geschehen soll, wenn in diesem Falle der Wettbewerb trotzdem, aufgrund von Absprachen, ausbleibt (49).

B) Verbotsgesetzgebung

Ein Verbotsgesetz kann sowohl persönlichkeits- wie auch wirtschaftsrechtlich begründet werden. Aus der Ueberzeugung heraus, die Freiheit des einzelnen müsse unter allen Umständen gewährleistet werden, lässt sich ein Verbot sämtlicher Formen gemeinsamer Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen (50). In diesem Sinne verbietet der amerikanische Sherman Act. von 1890, das älteste nationale Kartellgesetz, nicht nur wettbewerbsbehindernde Praktiken, sondern auch ungerechtfertigte ("unreasonable") Marktmacht. Als Verbotsgesetz schützt es das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung und lässt dessen Beschränkung auch aus wirtschaftspolitischen Gründen grundsätzlich nicht zu (51).

48) Merz, Kartellrecht, S. 253 ff.

49) Schluep, Fragestellungen, S. 28. Sieber, Kriterien, S. 58. Zum Leitbild des "Möglichen Wettbewerbes": vgl. S. 27 ff.

50) Merz, Kartellrecht, S. 254, vgl. dazu: Mestmäcker, Kartellverbot, S. 835 ff.

51) Joliet, Monopolization, S. 37 ff. Der "Sherman Act" von 1890 lautet wie folgt: "Sec. 1: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal ...". Joliet ebd. S. 317. Friedmann, Anti-Trust Laws, S. 525. Carrabier, Trusts, S. 49 ff.

Eine wirtschaftsrechtlich begründete Verbotsgesetzgebung findet sich in Deutschland. Mit dem GWB wollte der Gesetzgeber eine auf dem freien Wettbewerb beruhende Wirtschaftsordnung schaffen (52). Leitgedanke war nicht der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit, sondern die Errichtung und Sicherung eines Systems, in welchem bei möglichst grosser individueller Freiheit günstige ökonomische Ergebnisse zu erwarten sind (53).

C) Missbrauchsgesetzgebung

Die Missbrauchsgesetzgebung will nicht die wettbewerbsbeschränkenden Organisationen, sondern lediglich die von diesen ausgehenden volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen bekämpfen (54). Kartelle und kartellähnliche Organisationen gelten demnach nicht grundsätzlich als schädlich. Es besteht aber ein Verdacht auf schädliches Verhalten, weshalb sie einer gewissen Kontrolle zu unterstellen sind (55).

Die Missbrauchsgesetzgebung entspricht der per-

-
- 52) Hennig/Sauter, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 9. Müller-Henneberg/Schwartz, Gesetz, S. 5.
- 53) Bei der Schaffung des GWB diene dem Gesetzgeber noch das Modell der vollkommenen Konkurrenz, bzw. des vollkommenen Wettbewerbes als Leitbild; Hoppmann, Konzept, S. 287. Müller-Henneberg/Schwartz, Gesetz, S. 34 f. Heute hat diese Leitbild neuen, realistischen Vorstellungen des Wettbewerbes Platz gemacht; Ulmer, Fälle, S. 5. Schlecht, Zielsetzungen, S. 1 ff.
- 54) Kartell und Wettbewerb, S. 145. Merz, Kartellrecht, S. 253. Bär, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 268/269.
- 55) Friedmann, Anti-Trust Laws, S. 527/528. Baur, Missbrauch, S. 31 ff.

sönlichkeitsrechtlichen Begründung des Kartellrechts insofern, als sie der Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit zunächst freien Lauf lässt. Erst wenn eine Behinderung Dritter wettbewerbsrechtlich als missbräuchlich eingestuft wird, greift das Recht korrigierend in das Wirtschaftsgeschehen ein (56). Ein bedeutendes Merkmal der Missbrauchsgesetzgebung ist, im Falle eines Behinderungstatbestandes, die Umkehr der Beweislast. Obwohl die Kartellkommission im Rahmen ihrer Tätigkeit (Art. 18-21 KG) ex officio allfällige Missbrauchstatbestände abklärt, ist es grundsätzlich Aufgabe des Klägers (Aussenseiters), die Tatsachen zu beweisen, aus denen er seine Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Dieser Umstand stärkt die Stellung von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen in erheblichem Masse (57).

D) Würdigung

Die Diskussion Missbrauchs- oder Verbotsgesetzgebung ist in bezug auf den Zweck des Kartellrechts wenig fruchtbar, da sich beide Prinzipien nicht in reiner Form durchsetzen lassen und beide gewisse Nachteile aufweisen (58). So können Organisationen (z. B. Unternehmungen oder deren Zusammenschlüsse), die im Laufe der Zeit organisch gewachsen sind, nicht zum vornherein als schädlich bezeichnet werden. Selbst gewisse Praktiken, die

56) Friedmann, Anti-Trust Laws, S. 527/528.

57) Kartell und Wettbewerb, S. 145.

58) Kartell und Wettbewerb, S. 151. Schürmann, Verbotsprinzip, S. 44. Merz, Kartellrecht, S. 254 ff. Bär, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 268 ff. a.M.: Homburger Eric, Notwendige Erweiterung des Blickwinkels bei der Diskussion des Kartellproblems, NZZ Nr. 30 vom 6.2.1980, S. 7, betont die in den verschiedenen Gesetzgebungen zum Ausdruck kommenden, unterschiedlichen Grundhaltungen der Erscheinung der Kartelle.

grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend wirken, mögen von Fall zu Fall, mit Rücksicht auf höherstehende Interessen, als gerechtfertigt erscheinen. Verbots-gesetzgebungen enthalten in der Regel Ausnahmeklau-seln, welche die Grenzen zur Missbrauchsgesetzgebung verwischen ("Rule of Reason" im amerikanischen, "Freistellungsklausel" im Europäischen Wettbewerbs-recht) (59). Andererseits lässt sich auch eine Miss-brauchsgesetzgebung auf zivilistischer Grundlage nicht in reiner Form verwirklichen (60). Der Missbrauch von Macht im Wettbewerb lässt sich nur über das Verbot gewisser Praktiken wirksam bekämpfen (61), da ein Kartellgesetz ohne Verbote der "do nothing" Haltung gleichkäme (62). Für die Durchsetzung von Verboten braucht es aber eine genügende theoretische Grundlage, welche die Formulierung von Verbotstatbeständen erlaubt (63). Wo solche Verbote nicht möglich sind, muss, im Sinne der Missbrauchsgesetzgebung, von Fall zu Fall ein Sachverhalt auf seine Wettbewerbsschädlichkeit und die mögliche Rechtfertigung durch höherstehende Inte-ressen untersucht werden.

Die Unterscheidung in Verbots- und Missbrauchsge-setzgebung deckt sich auch nicht mit derjenigen in öf-fentlich- und privatrechtliches Instrumentarium. Zwar lassen sich entsprechende Parallelen ziehen. Etwa dahin, dass eine Verbotsgesetzgebung nach verstärkter staatli-

59) Schluep, Die Rule of Reason, S. 54 ff. Mestmäcker, Wettbewerbs-recht, S. 308 ff.

60) Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 105 ff. Haffner, Kartellgesetz, S. 140 ff.

61) Merz, Kartellrecht, S. 255.

62) Merz, Kartellrecht, S. 253 f.

63) Schluep, Die Rule of Reason, S. 44 ff. Kartell und Wettbewerb, a.a.O. S. 146 ff.

cher bzw. verwaltungsrechtlicher Kontrolle des Wettbewerbes ruft, währenddem solche Massnahmen bei einer Missbrauchsgesetzgebung auf einem Minimum gehalten werden können. Ein logischer Zusammenhang besteht aber nicht. Ebenso gut lässt sich nämlich umgekehrt argumentieren: Dank Verbotstatbeständen sind wettbewerbsbeschränkende Vorkehren leichter zu qualifizieren und damit auch ins Recht zu fassen. Demgegenüber zwingt die unscharfe Konzeption der Missbrauchstatbestände zu aufwendigen Erhebungen, welche für jeden einzelnen Fall die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen abgeben müssen.

Aus diesen Gründen geht die Hauptfrage des Kartellrechts nicht nach der Alternative Verbots- oder Missbrauchsgesetzgebung. Entscheidender ist diejenige nach dem materiellen Gehalt des Kartellrechts, welche durch die hier dargelegte Diskussion nicht beantwortet wird.

IV. RECHTLICHE ERFASSUNG DES WETTBEWERBSPROZESSES

1. Fehlergebnisse und Fehlstrukturen des Wettbewerbes als Auslöser kartellrechtlicher Eingriffe

Der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus kann in verschiedener Hinsicht zu unerwünschten wirtschaftlichen Ergebnissen führen, welche jeweils unterschiedliche kartellrechtliche und kartellpolitische Eingriffe erforderlich machen. Einerseits neigen die Wettbewerbsteilnehmer dazu, die ihnen zustehenden subjektiven Rechte, namentlich Vertragsfreiheit und Eigentumsgarantie, in einem überhöhten oder absoluten Masse zu beanspruchen. Folge davon sind Kartellierungs- und Mono-

polisierungstendenzen, welche jeweils darauf zu untersuchen sind, ob sie noch als berechnigte Form der grundsätzlich geschützten Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit zu betrachten sind, oder ob es sich dabei um Fehlentwicklungen handelt, welche es, mit Hilfe des Wettbewerbsrechtes, zu bekämpfen gilt. Auslöser ist in diesen Fällen die dem Wettbewerb innewohnende Tendenz, sich selbst zu beschränken oder aufzuheben.

Andererseits zeigt sich, dass der Wettbewerb bezüglich der Allokation von Produktionsfaktoren (64) Ergebnisse hervorbringen kann, die aus wirtschafts-, regional-, global- oder andern politischen Gründen unerwünscht sind (65). Dies betrifft namentlich die innerstaatliche oder internationale Konzentration oder Verschiebung von Produktionskapazitäten. Erwähnt sei etwa die Verlagerung der Produktion von Massengütern in die sogenannten Billiglohn-Länder, welche pointiert als Allokation der Uhrenfabrikation in Hongkong, der Fotoindustrie in Singapur oder der Textilindustrie in Taiwan bezeichnet werden könnten. Bei solchen "Fehlstrukturen" handelt es sich um Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses, die lediglich aus politischer, nicht aber aus wettbewerbstheoretischer Sicht als Fehlstrukturen bezeichnet werden können. Denn sie ergeben sich gerade deshalb, weil der Wettbewerb die ihm zugeordneten Funktionen erfüllt. Dementsprechend sind solche unerwünschten Ergebnisse durch wirtschaftspolitische und nicht mit Hilfe von wettbewerbsrechtlichen Massnahmen zu beseitigen (66).

64) Bezüglich Funktionen des Wettbewerbes, vgl. S. 18 ff.

65) Vgl. dazu: "Round-Table"-Diskussion in: Bilanz, Nr. 11, S. 216 ff; Schlupf: "Bekanntnis zur Marktwirtschaft heisst nicht Bekenntnis zum Wettbewerb - um jeden Preis -. Es gibt Bereiche, in denen der Wettbewerb nicht spielt."

66) Vgl. Strukturpolitisch motivierte Wettbewerbspolitik? NZZ Nr. 147 vom 26./27. Juni 1976, S. 18 (Kommentar von "Bti" zu einem an der 47. ordentlichen Mitgliederversammlung der Promarca gehaltenen Referat von B. Schmidhauser).

2. Verhaltens- und Strukturkontrolle

In der bisherigen Entwicklung des Kartellrechts bildeten kartellistische Wettbewerbsbeschränkungen den wichtigsten Ansatzpunkt des kartellrechtlichen Instrumentariums (67). Bei dieser Form wettbewerbsbeschränkender Vorkehren handelt es sich um die vertraglich oder ähnlich begründete Konzentration bzw. Abstimmung wirtschaftlicher Entscheidungen, ohne dass dabei die einzelnen beteiligten Wirtschaftssubjekte ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit auf die Dauer aufgeben (68). Kartellierungsstatbestände beruhen somit auf schuldrechtlichen Verhältnissen, welche ihrerseits in der verfassungsrechtlich garantierten Vertragsfreiheit ihren Rückhalt finden. Grenzen kartellistischer Marktregelung ergeben sich dann, wenn Dritte (d.h. wettbewerbswillige "Newcomers" oder Aussenseiter) in ihrer persönlichen Entfaltungsfreiheit behindert werden oder wenn das wettbewerbspolitische Leitbild ausgehöhlt wird. Diese letzte Ansicht ist allerdings umstritten (69). In diesen Fällen hat das kartellgesetzliche Instrumentarium als Regulativ in Funktion zu treten. Die dabei notwendig werdenden Korrekturmassnahmen greifen im Sinne einer Verhaltenskontrolle namentlich in die Vertragsfreiheit der behindernden Kartellmitglieder ein (70).

66) Fortsetzung: a.M.: Sieber Hugo, Umweltschutz und Kartellgesetz, NZZ Nr. 206, 3./4.9.1977, S. 17 f.; nach Sieber's Meinung müssen Umweltschutzwirkungen, "sobald der Umweltschutz ein wirtschafts- und sozialpolitisches Ziel darstellt, ... bei der Saldierung der nützlichen und schädlichen Kartellwirkungen ebenso in Rechnung gestellt werden, wie die entsprechenden Wirkungen des Kartells auf die Wettbewerbsmöglichkeit, das Wettbewerbsausmass, die Kosten und dergleichen mehr".

67) Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 181. Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 1 f. Botschaft 1981, S. 24/25.

68) Schluep, Probleme, S. 189.

69) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 7. a.M.: Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 74 ff. und dort zit. Literatur.

70) Vgl. dazu: Bühlmann, Tragweite, S. 2 f.

Sowohl qualitativ als auch quantitativ verschieden ist das Problem bei der Kontrolle von Wettbewerbsstrukturen, d. h. bei der Ueberwachung und allenfalls Bekämpfung von gesellschafts- und eigentumsrechtlich begründeten Konzentrationstendenzen (71). Das schweizerische Recht verhält sich gegenüber der Entstehung und dem Bestand wirtschaftlicher Macht neutral (72). Erst in jüngerster Zeit ist die Bedeutung der Marktstruktur (im Gegensatz zum Marktverhalten) als Ansatzpunkt kartellrechtlicher Eingriffe ins wettbewerbspolitische Bewusstsein getreten. Der Grund für diese Verschiebung der wettbewerbspolitischen Optik ist einerseits in der Konzeption des geltenden Kartellgesetzes und andererseits in der tatsächlichen Entwicklung der Wirtschaft begründet. Das dem geltenden Kartellgesetz zugrunde liegende Konzept des möglichen Wettbewerbes (73) beruht auf der Annahme, für die Sicherung eines Mindestmasses an Wettbewerb genüge es, zu verhindern, dass wettbewerbswilligen Dritten von Kartellen die Entfaltung ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit verunmöglicht wird. Dementsprechend beschränkte sich die wettbewerbsrechtliche Verwaltungs- und Gerichtspraxis bis heute weitgehend auf die Klärung der privatrechtlichen Interessenabwägung aufgrund der Artikel 4 ff KG. Zudem wird die Entstehung wirtschaftlicher Macht auf-

71) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 4 f. Drolshammer, Marktmächtige Unternehmen, S. 1 ff. Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 183 ff. Unter Konzentration werden zusammengefasst: Fusion als Vereinigung von Unternehmen unter Aufgabe der wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit; Konzernierung als Verbindung von Unternehmen, wobei die juristische Selbständigkeit gewahrt bleibt. Zäch, Konzentration, S. 199 ff. Lange/Mender/Berzan, Konzentrationspolitik, S. 1 ff. Schürmann/Sieber, Konzentration, S. 69 ff. Botschaft 1981, S. 25. Lanzenberger, Fusionskontrolle, S. 29 ff. Klaue, Problematik, S. 1 ff.

72) Drolshammer, Marktmächtige Unternehmen, S. 30

73) Vgl. dazu: S. 27 ff.

grund externen und internen Unternehmenswachstums (74) durch das geltende Kartellgesetz faktisch nicht erfasst. Seit Erlass des KG hatte sich die Kartellkommission nie mit einem Unternehmenszusammenschluss zu befassen. Diese Tatsache lässt sich am ehesten damit begründen, dass das Unternehmenswachstum weitgehend als zwangsweise Folge der allgemeinen wirtschaftlichen Dynamik betrachtet wird und als solches nicht unmittelbar beeinflusst werden kann (75).

Die festgestellte zunehmende Veränderung der wettbewerbsrelevanten Wirtschaftsstrukturen in Richtung "kartellähnliche Organisationen" zwingt zu einer gewissen Neuorientierung der Wettbewerbspolitik (75a). Bezogen auf die Thematik "privates und öffentliches Kartellrecht" wird diese Neuorientierung einerseits zu einer Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Instrumentariums und andererseits zu einer stärkeren Gewichtung des Kriteriums "Wettbewerb" bei der Anwendung der privatrechtlichen Bestimmungen führen.

74) Bühlmann, Tragweite, S. 7 ff. Botschaft 1981, S. 25.

75) Drolshammer, Marktmächtige Unternehmen, S. 82 f. Dies will aber nicht heissen, dass das Konzentrationsphänomen bis anhin keine Beachtung gefunden hätte. Die schweizerische Kartellkommission hat sich seit 1969 in verschiedenen Erhebungen mit diesem Problem beschäftigt. Vgl. dazu VKK 1979, S. 1 ff (Die Konzentration im schweizerischen Bankgewerbe). VKK 1979, S. 273 ff. (Die Konzentration im Lebensmitteldetailhandel).

75a) Botschaft 1981, S. 25.

3. Kapitel

Privates und öffentliches Recht als Mittel zur
Durchsetzung kartellrechtlicher Normvorstellungen

I. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DER TEILUNG

1. Systematische Bedingtheit der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht

Die Unterscheidung in *privates* und öffentliches Recht stammt formal aus dem römischen Recht (1), wobei ihr dort nicht die Bedeutung einer durchgehenden Zweiteilung des Gesamtrechts zukam. Vor allem fehlte eine materielle Klärung der Unterscheidung, welche es erlaubt hätte, das Recht auf dieser Grundlage durchgehend darzustellen (2).

Stärkere Bedeutung erlangte die Unterscheidung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht im 16. und 17. Jh. Nach wie vor wurde sie nicht dazu gebraucht, das gesamte Recht in zwei Regelbereiche zu untergliedern. Zweck der Unterscheidung war vielmehr, einzelne Besonderheiten des privaten und öffentlichen Lebens dogmatisch zu erfassen. *Ius publicum* und *ius privatum* wurden als zwei sich im wesentlichen überschneidende Regelbereiche dargestellt, die durch unter-

1) D. 1,1,1: Ulpianus libro primo institutionum ...
ius est ars boni et aequi ...

D. 1,1,2: Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

2) Bullinger, Recht, S. 13 f und dort zit. Literatur.

schiedliche Staats- und Individualnähe gekennzeichnet waren (3). Dem vorwiegend systematischen Charakter der Unterscheidung entsprechend wurden daraus keine rechtspolitischen Folgerungen gezogen (4). "Vor allem erlangte das *ius privatum* nicht die Rolle eines Hortes privater Freiheit gegen die im *ius publicum* ausgebildete Staatsgewalt" (5).

Im 18. Jh. blieb die Unterscheidung eine unter "mancherley Eintheilungen des Rechts" (6) von mehr methodischer als materiell-rechtlicher Bedeutung. Durch S. Pufendorf bzw. durch die auf ihn folgenden Systematiker des Vernunftsrechts, wurden erstmals Privat- und Öffentliches Recht als "zwei vollausgeformte Teilsysteme allgemeiner Rechtsprinzipien" dargestellt (7). Als *ius privatum* galten die Grundsätze der zwischenmenschlichen Beziehungen, als *ius publicum* das vom Gemeinwesen gesetzte, staatliche Recht. Vertreter einer klaren Unterscheidung von *ius privatum* und *ius publicum* stellten das *ius privatum* als diejenigen Rechtsbeziehungen unter Privaten dar, welche auch im *status naturalis* denkbar wären, also als diejenigen, welche keine notwendigen Beziehungen zum Staat aufwiesen. Damit wurden sie aber vor die Schwierigkeit gestellt, die Gemeinwohlbindung, welche diesen Rechtsbeziehungen durch die staatliche Gesetzgebung auferlegt wurde, dogmatisch zu rechtfertigen.

3) Bullinger, Recht, S. 16 ff, insbes. S. 18

4) Molitor, Privatrecht, S. 12.

5) Bullinger, Recht, S. 30.

6) Glück, Pandekten, 1. Teil, S. 77.

7) Bullinger, Recht, S. 32 ff. Pufendorf, Natur- und Völkerrecht, III. - V. Buch: Individualrechtsbeziehungen; VII. - VIII. Buch: öffentlichrechtliche Beziehungen.

"Die fehlende Staatsgebundenheit, die das Privatrecht kennzeichnen sollte, war daher entweder eine Fiktion oder traf nur für einen Kernbereich des Rechts zu" (8).

Um die Wende zum 19. Jh. erhielt die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht einen neuen Sinngehalt. Aufgrund der Rechtslehre Kants, welche das Privatrecht als ein a priori erkennbares Recht, gesichert durch die öffentliche Ordnung, betrachtete, verschärfte sich der Gegensatz der Rechtskreise (9). Zwar anerkannte Kant, dass die kommutative Gerechtigkeit des Privatrechts durch die distributive Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts überlagert werde, doch hatte dieses in erster Linie "die Funktion einer Sicherung und Verfestigung der a priori bestehenden Regeln des äusseren Mein und Dein" (10). Es war dies in erster Linie eine Trennung formaler Natur, bei welcher zudem die Gefahr bestand, dass das Privatrecht seine Funktionen äusserlich behielt, materiell aber an Geltung einbüsste und die Unterscheidungen zu einer begrifflichen Scheinordnung wurde (11).

Das gleiche Problem stellte sich beim Versuch Savigny's, das Recht als "individualisierten Teil des Volkslebens" zu verstehen (12). "Volk" oder "Volksgeist" war für Savigny gleichbedeutend mit Kulturtradition. Es oblag deshalb dem Juristen, durch Erforschung der Rechtsgeschichte, insbesondere des römischen Rechts,

8) Bullinger, Recht, S. 35.

9) Bullinger, Recht, S. 37.

10) Bullinger, Recht, S. 38.

11) Bullinger, Recht, S. 40.

12) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 392.

das Recht des Volks zu erforschen, zu präsentieren und fortzubilden. Nicht vereinbar mit seinem auf der Kulturtradition aufbauenden Rechtsverständnis war für Savigny die Forderung, Recht müsse als lebendiger politischer Besitz statt als tote gelehrte Tradition verstanden werden (13). Savignys Privatrecht war als bewusst apolitische, methodisch vom staatlichen Gemeinwesen isolierte Grundordnung der menschlichen Rechtsbeziehungen konzipiert (14). Als solche stellte sie äusserlich zwar "etwas Bleibendes" im sozialen Wandel dar, ohne aber der Forderung nach Gerechtigkeit und Anpassung an veränderte Lebensstrukturen gerecht zu werden. (15).

Ansätze zu einer "Auffassung vom Privatrecht als dem Recht der realen, gesicherten bürgerlichen Lebensordnung im Gemeinwesen ohne scharfe kategorische Scheidung vom öffentlichen Recht" (16) finden sich bei Svarez (17). Im 19. Jh. verfiel diese Idee jedoch wieder, umsomehr als "Fachwissenschaft und Rechtsprechung sich nur zögernd vom reformerischen Elan einer kleinen Elite mitreissen liess" (18).

13) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 391. Diese Forderungen wurden von A. E. Thibaut, Vertreter des Vernunftrechts, vorgebracht und waren Anlass zu Savignys Schrift "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" (1848).

14) Bullinger, Recht, S. 44.

15) Bullinger, Recht, S. 43 f.

16) Bullinger, Recht, S. 45. C. G. Svarez (1746-1796), Mitschöpfer des ALR.

17) Dieser Gedanke, als "Ausdruck einer gesamtdeutschen Aufklärung", ist auch bei F. von Zeiller (1753-1828), Schöpfer des AGBG, zu finden; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 335.

18) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 348.

Zusammenfassend kann gesagt werden, die Trennung von *ius privatum* und *ius publicum* sei bis ins 19. Jh. vorwiegend in systematischen Bestrebungen begründet gewesen und habe nie eine dogmatische Unterscheidung in dem Sinne erreicht, dass Privatrecht als Hort subjektiver Rechte, als geschützter Freiheitsraum gegenüber der Staatsgewalt betrachtet wurde.

2. Die Unterscheidung als Ausdruck eines inneren Gegensatzes im 19. Jahrhundert

Trotz einigen Versuchen, die Zusammenhänge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht aufzudecken und die Wechselwirkungen zwischen den zwei Rechtskreisen fruchtbar zu machen, steigerte sich die Unterscheidung im 19. Jh. zu einem inneren Gegensatz (19), indem zunehmend Privatrecht mit individueller Freiheit gleichgesetzt wurde (20). In einer gegensätzlichen Wertung wurden allerdings "denkbare Teilunterschiede zu um-

19) Bullinger, Recht, S. 54. Als Beispiel des Versuchs, das Privatrecht aufzugeben, erwähnt Bullinger u.a. G. Hugo (1764-1844), der das Privatrecht als "eine im Grunde fragwürdige Ordnung des gemeinschaftsfremden, von individuellem Eigentum geprägten Eigentums, dem öffentlichen Recht als der Ordnung des Gemeinwohls und des Gemeinbesitzes gegenüber (stellte)". Adam Müller betrachtete den "Gedanke(n) des absoluten ausschliessenden privaten Eigentums" als nicht vereinbar mit der Idee des Rechts. Allerdings waren diese "progressiven" Gedanken weniger aus einem wissenschaftlichen Gesellschaftsverständnis heraus entstanden als aus einer "organologischen Sozial- und Staatsromantik". Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 361.

20) von Gierke, Aufgabe, S. 9: "Der scharfe, grundsätzliche Gegensatz ist für uns unantastbar." Andererseits war Gierke der Ansicht, dass dieser Gegensatz gemildert werden musste, indem man im öffentlichen Recht "ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und im Privatrecht ... ein Tropfen so-

fassenden Wesensunterschieden überhöht" (21). Trotzdem drang die Notwendigkeit, eine Alternative zur "atomisierenden und individualisierenden Grundhaltung" der Pandektistik zu entwickeln, immer mehr ins Bewusstsein (22). Erste Ansätze dazu boten Jherings Zweckgedanke und Gierkes soziale Aufgabe des Privatrechts (22a). Alle Versuche, das öffentliche Recht in ein eigenes, kategorisches Begriffssystem zu fassen und so vom Privatrecht zu trennen, scheiterten aber jeweils daran, dass dabei fast gezwungenermassen Strukturelemente aus dem hochentwickelten Privatrechtssystem ins öffentliche Recht übernommen wurden. Zudem bestand bei einer solchen begrifflichen Trennung jeweils die Gefahr eines Rückfalls in die nach wie vor nicht überwundene Begriffsjurisprudenz.

Ein weiterer Grund für die zunehmende Kluft zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Gedankengut ist in der politischen Situation des 19. Jh. zu suchen, namentlich in der auf dem Kantschen Freiheitsbegriff beruhenden Idee des Liberalismus. Dessen (sc. des Liberalismus) Vertreter zeigten begreiflicherweise kein Interesse, von einer möglichst kategorischen Trennung des Rechts abzugehen. Die gesellschaftliche Auffassung des emanzipierten Bürgertums spiegelt sich denn auch deutlich in den europäischen Kodifikationen dieser Zeit (23), in welchen der Kantsche Freiheitsbegriff eine

20) Fortsetzung: zialistischen Oeles durchsickern" liess (S. 10). Dieser Ansatz Gierkes genügte jedoch nicht, um den grundsätzlichen Gegensatz zu überwinden. Dennoch kann man Gierke als den "zukunftsreichsten und tiefsten Kritiker des Privatrechts seiner Zeit erkennen". Wieacker, Sozialmodell, S. 19.

21) Bullinger, Recht. S. 56

22) Molitor/Schlosser, Grundzüge, S. 77.

22a) Jhering, Zweck, S. 200 ff. Gierke, Aufgabe, S. 3 ff.

23) Wieacker, Sozialmodell, S. 12. Bucher, Das subjektive Recht

entscheidende Grundlage des Privatrechts bildete.

3. Die Unterscheidung als Ausdruck eines antinomischen Verhältnisses zwischen Liberalismus und Demokratie

Im Anschluss an Kants Rechts- und Sozialphilosophie bahnte sich eine neue Entwicklung des Freiheitsverständnisses an (24). Kants Bemühen, für die Freiheit des menschlichen Willens Raum zu schaffen, wurde in der Folge von den bedeutendsten und zukunftsreichsten Rechtsdenkern weitergeführt (25). Zudem fühlten sich die Kodifikatoren des 19. Jh. "Trotz der idealistischen und politisch meist konservativen Lebensstimmung" (26) nicht als Gegner des liberalen Ideals und damit auch nicht des wirtschaftlichen Fortschritts.

Aus dieser rechts- und staatspolitischen Situation des 19. Jh. heraus entwickelte sich ein antinomisches Verhältnis zwischen den politischen Ideen Demokratie und Liberalismus. Während jene die gesellschaftliche Macht auf den Gemeinwillen übertragen wollte, strebte diese grösstmögliche individuelle Entfaltungsmöglich-

23) Fortsetzung: S. 4 f: "Für die jüngere Pandektenwissenschaft und unter deren Einfluss für die Privatrechtsdogmatik des beginnenden 20. Jh. war der Begriff des subjektiven Rechts schlechterdings und unbestritten Angelpunkt allen privatrechtlichen Geschehens".

24) Buhr/Irrlitz, Kant, S. 102 ff. "Kants entscheidender Anteil an der Zerstörung des unkritischen älteren Naturrechts" bestand vor allem in der Widerlegung der unkritischen Naturrechtssätze und deren Anspruch auf unbedingte Geltung. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 352.

25) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 352. Dazu gehören vor allem Hug, Feuerbach und Savigny.

26) Wieacker, Sozialmodell, S. 12.

keit an und damit die Verlagerung der Entscheidungsmacht auf das Individuum oder auf autonome Korporationen. Entsprechend dieser unterschiedlichen Auffassung des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft (Staat) gingen auch die Ansichten über die dem Staat zu übertragenden Aufgaben auseinander.

Die Behauptung, der materielle Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht hänge mit einer gewissen Unvereinbarkeit der politischen Ideen Liberalismus und Demokratie zusammen, erscheint im ersten Moment als unrealistisch, wird doch im allgemeinen die liberale Wirtschaftsordnung im Rahmen einer demokratischen Staatsform gesehen (27). Das ideologisch oft überstrapazierte Wort "Demokratie" lässt sich allerdings von zwei Seiten betrachten:

- Demokratie als Organisationsform des Staates (28):
Jedes Glied der Gesellschaft ist am Willensbildungsprozess des Staates beteiligt, so dass die Macht, statt von einem Herrscher oder einer Herrschergruppe, vom Volke ausgeht. In diesem Sinne ist Demokratie als Gegensatz von Autokratie (Monarchie, Diktatur) oder Aristokratie, d. h. als Staatsform zu verstehen. Damit liegt das Wort "Demokratie" begriffslogisch auf einer andern Ebene als der Ausdruck Liberalismus und kann diesem nicht gegenübergestellt werden. Es ist somit durchaus möglich, (liberale) persönliche Freiheit mit einem demokratisch organisierten Staate in Einklang zu bringen (29).

27) Kelsen, Demokratie, S. 1 ff. Eucken, S. 50 f; S. 124 ff.

28) Kelsen, Demokratie, S. 1.

29) Zippelius, Staatslehre, S. 69 ff., Krüger, Staatslehre, S. 341 ff.

- Demokratie als Verschiebung der gesellschaftlichen (und damit auch der wirtschaftlichen) Macht vom Individuum auf die Gemeinschaft, soweit sie von dieser Macht betroffen ist (30):
Hier kommt die Idee der Demokratie mit dem liberalen (und damit Kantschen) Freiheitsideal in Konflikt. D. Schindler hat dieses Problem in den "polaren Gegenstrukturen ... (von) Freiheit und Gleichheit" gesehen und versucht, mit Hilfe eines "dialektischen Verfahrens ... über wissenschaftliche Antinomien hinweg zur Synthese zu gelangen" (31).

Der liberalistische Gedanke, verkörpert im individualistischen System, wird durch das Privatrecht insofern geschützt, als dieses dem Individuum und seinen Rechten grundsätzlich den Vorrang gibt und einen Hort subjektiver Rechte darstellt. Demgegenüber kommt im öffentlichen Recht der Gemeinschaftsgedanke zum Ausdruck, indem die individuelle Freiheit gegenüber dem "Gesamtinteresse" zurückzutreten hat. Dem Gegensatz von demokratischem und liberalem Gedankengut soll nun nicht die Unterscheidung Privat- und öffentliches Recht schlechthin gleichgestellt werden. Doch liegt hier, vor allem für das Wirtschaftsrecht ein wichtiger Ansatzpunkt für die materielle Ueberwindung des Dualismus.

30) Leontowitsch, Liberalismus, S. 37 ff.

31) Bäumlin, Demokratisierung, S. 336 ff.
Schindler, Verfassungsrecht, S. 133.

4. Die Entwicklung der Unterscheidung in neuerer Zeit

A) Allgemeines

Die Bedeutung des Gegensatzes von Demokratie und Liberalismus für die Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht kommt in der dargestellten Form kaum je als aktuelles rechtspolitisches Problem zum Ausdruck. Diese Tatsache hat verschiedene Ursachen. Zum einen wurde im 19. Jh. der Kampf um Demokratie im Staate in erster Linie gegen die Vertreter von Feudalismus und Absolutismus geführt (32). Hauptproblem war, die gesellschaftliche Macht auf das Volk zu übertragen. Ob auf das Individuum oder auf die Gemeinschaft, spielte dabei keine Rolle. Später wurde der revolutionäre Sozialismus zum gemeinsamen Gegenpol von Liberalismus und Demokratie, wodurch diese wiederum nicht als gegensätzliche Forderungen in Erscheinung traten. Zum anderen wurde Demokratie zu allen Zeiten vorwiegend als Organisationsprinzip des Staates verstanden und galt als solches mit den liberalen Vorstellungen durchaus als vereinbar (32a).

Ein weiterer Grund, dass individuelle Freiheit und Demokratie in der Schweiz nicht als Gegensätze betrachtet wurden, liegt in der für die Entwicklung schweizerischer Staats- und Rechtsstrukturen wichtigen Betonung des Genossenschaftsgedankens (33). Die genossenschaftliche Idee, welche insofern das demokratische

32) Wieacker, Sozialmodell, S. 13. Bucher, Entwicklung, S. 1 ff.

32a) Vgl. dazu: Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 50 ff, zum Zusammenhang von Rechtsstaat und Freiheit.

33) Peko-Kacic, Entwicklung, S. 7 f. Nobel, Wieviel "Markt" sichert die Marktwirtschaft noch zu? Tages-Anzeiger, 26.2.77, S. 37/38. Steiner, System, S. 73 ff.

Prinzip verkörpert, als sie die Gemeinschaft über das Individuum stellt, hat immer mässigend auf die individuelle Entfaltungsmöglichkeiten gewirkt (34). Eng verbunden mit der genossenschaftlichen Idee sind auch die demokratischen Einrichtungen wie Gesetzesreferendum oder Verfassungsinitiative (35), welche eine direkte Beteiligung des Volkes an politischen Sachentscheiden ermöglichen.

Die starke Betonung des demokratischen Gedankens und damit verbunden die Verlagerung der Entscheidungsmacht auf die Gemeinschaft, hat in der Schweiz im wesentlichen die Entstehung einer unüberbrückbaren Kluft zwischen individuellen und Gemeinschaftsinteressen verhindert. Oder anders ausgedrückt: Die individuelle Entfaltungsmöglichkeit hat im allgemeinen nicht zu so grossen Auswüchsen geführt, dass am Institut der wirtschaftlichen Freiheit als solchem wesentliche Zweifel entstanden wären. Auf die Zweiteilung des Rechts wirkte sich dies so aus, dass sie einerseits als selbstverständlich und notwendig betrachtet wurde, und zweitens, dass ihre Bedeutung in den mehr formalen Betrachtungsweisen unterging (36).

-
- 34) Im Gegensatz zur schweizerischen Entwicklung zeigt sich in anderen Ländern (England, Italien) eine tiefe Kluft zwischen demokratischen und liberalen Ideen. Die Entfaltung der individuellen Freiheit hat denn auch in diesen Ländern zu Auswüchsen geführt, welche heute eine Konvergenz von individuellen und gesellschaftlichen Ansprüchen als nahezu unmöglich erscheinen lassen. Usteri, Verhältnis, S. 15 ff.
- 35) Schürmann, Struktur, S. 60. Daneben bestehen verschiedene andere Institutionen wie Verwaltungsreferendum, Abberufungsrecht u. ä.
- 36) Molitor, Privatrecht, S. 23 f. Eine Auswirkung dieses genossenschaftlichen Gemeinschaftssinns scheint auch die verhältnismässig grosse Verständnisbereitschaft der Schweizer Wirtschaft gegenüber der kartellverwaltungsrechtlichen Tätigkeit zu sein.

B) Kategoriale Unterscheidungen

Die Teilung des Rechts in einen privaten und einen öffentlichen Teil wird, ob formal oder materiell bedingt, weitgehend als gegeben betrachtet und dogmatisch anerkannt. Ein allgemeingültiges Kriterium für die Unterscheidung besteht allerdings nicht (37). Dementsprechend haben sich verschiedene Theorien herausgebildet, welche die Unterscheidung anhand bestimmter Kriterien zu erklären versuchen. Es sind dies u. a. die Interessentheorie, die Subjektionstheorie, die Funktionstheorie, die Theorie vom zwingenden Recht und diejenige der Anwendung von Amtes wegen (38). Alle diese Theorien machen einzelne Teilunterschiede der zwei Rechtskreise deutlich und besitzen in erster Linie systematisch-didaktischen Wert (39). Sie helfen jedoch nicht weiter, wenn es darum geht, das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft aufzuhellen. Denn sie erklären die Unterscheidung unter formalen Gesichtspunkten, ohne das Zusammenwirken von privatem und öffentlichem Recht materiell zu verdeutlichen (40).

36) Fortsetzung: Dadurch, dass der Schweizer offensichtlich bereit ist, seine subjektiv-rechtlichen Befugnisse nicht allzusehr zu überspannen, wie das in anderen Ländern mit strengerem Kartellgesetzen eher der Fall ist, erschien der Gegensatz von privaten und öffentlichen Interessen nie als sehr dringliches koordinationsrechtliches Problem; vgl. dazu: Osteri, Verhältnis, S. 11 ff.

37) Ramstein, Abgrenzung, S. 1 ff.

38) Ramstein, Abgrenzung, S. 13 ff. Molitor, Privatrecht, S. 25 ff. 25 ff. Deschenaux, Einleitungstitel, S. 15 ff.

39) Bullinger, Recht, S. 116.

40) Die Betonung formaler Kriterien ist deutlich bei Kurt Ramstein, Abgrenzung, S. 12: "Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich die praktische Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht vor allem aus der geltenden positiven Rechtsordnung er-

C) Ansätze zur Ueberwindung des Dualismus

Mit dem Entstehen neuer Rechtsgebiete (Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht), welche im klassischen Privatrechtssystem keinen Platz fanden, begann die kategoriale Zweiteilungslehre zu versagen (41). Kelsen sah in der "Reinen Rechtslehre" den Dualismus von privatem und öffentlichem Recht als eine Folge der Trennung von Staat und Recht an, die es zu überwinden gelte (42); denn der Staat sei eine durch eine Zwangsordnung konstituierte Gemeinschaft und als solche wiederum mit dem Recht identisch. Unter dieser Betrachtungsweise löse sich der (inhaltsleere) Dualismus von privatem und öffentlichem Recht von selbst auf (43).

Im Jahre 1941 wies Oftinger auf die Notwendigkeit hin, das Privatrecht im Zusammenhang mit der umfassenden Staatsordnung zu sehen (44). Oftingers Bestreben ging allerdings nicht dahin, das Privatrecht den leitenden Grundsätzen der öffentlichen Ordnung einfach zu unterstellen. Er warnte vielmehr vor der Gefahr der Aushöhlung der privatrechtlichen Institute durch die fortwährenden Strukturveränderungen auf der Seite des öffentlichen Rechts (45). Es gehe nicht an, Staatsreformen durchzuführen, ohne sich der damit verbundenen

40) Fortsetzung: gibt, indem insbesondere die Rechtsetzungskompetenzen und die Rechtsmittel verschieden sind, je nachdem, ob die Anwendung öffentlichen oder privaten Rechts in Frage steht". Vgl. dazu: Rimmelspacher, Kriterium, S. 165 ff.

41) Molitor/Schlosser, Grundzüge, S. 131.

42) Kelsen, Rechtslehre, S. 283 ff, insbes. S. 319.

43) Kelsen, Rechtslehre, S. 320.

44) Oftinger, Zusammenhang, S. 225 ff, S. 241 ff.

45) Oftinger schrieb diesen Artikel vor allem unter dem Eindruck des Kriegsnotrechtes, durch welches verfassungsmässige Rechte zum Teil in bedeutendem Masse eingeschränkt wurden.

Umverteilung der Individual- und Kollektivsphären bewusst zu sein.

Der jüngste Ansatz zur Ueberwindung des Dualismus von privatem und öffentlichem Recht stammt von M. Bullinger (46), der vorschlägt, es solle die Zweiteilung zugunsten eines differenzierten Gemeinrechts aufgegeben werden. "Öffentliches Recht und Privatrecht als innere Gegensätze zu verstehen, [sei] kaum noch zu rechtfertigen" (47). "Ein ... Gemeinrecht könnte als allgemeines Recht des staatlichen Gemeinwesens für Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht darauf gelten, ob an ihnen staatliche Behörden, Selbstverwaltungskörperschaften, gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, Parteien, Wirtschaftsverbände, Privatpersonen und Privatunternehmer mit oder ohne öffentliche Funktionen oder Bindungen beteiligt sind" (48).

Bullinger vertritt somit eine Konzeption, in der rechtliche Beziehungen primär an ihrer Funktion und öffentlichen Bedeutung gemessen werden. Es ist dies eine Betrachtungsweise, welche im Wirtschaftsrecht mit dem sogenannten funktionalen Ansatz vertreten wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob mit der funktionalen Betrachtung des (Wirtschafts)- Rechts eo ipso der Weg zu einem "Kartell-Gemeinrecht" vorgezeichnet sei, das heisst zu einem Kartellgesetz ohne formelle Unterscheidung von privat- und öffentlichrechtlichem Teil (49).

46) Bullinger, Recht, S. 80 ff.

47) Bullinger, Recht, S. 112.

48) Bullinger, Recht, S. 81.

49) Vgl. dazu: S. 15 ff und S. 102 ff.

II. PRIVAT- UND OEFFENTLICHRECHTLICHES INSTRUMENTARIUM IM SCHWEIZERISCHEN KARTELLGESETZ

1. Persönlichkeits- und Wettbewerbsschutz als Ansatzpunkt der Zweiteilung

Das schweizerische Kartellgesetz verfolgt einen doppelten Zweck: "Einerseits soll der im Gesamtinteresse liegende wirtschaftliche Wettbewerb ermöglicht und andererseits der Einzelne in seinem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung geschützt werden" (50). Wo das Ziel des Gesetzes mit zivilrechtlichen Bestimmungen allein nicht erreicht werden kann, sorgen verwaltungsrechtliche Bestimmungen dafür, dass die Interessen der Allgemeinheit gewahrt bleiben (51). Dementsprechend ist das Gesetz unterteilt, abgesehen von Geltungsbereich und Schlussbestimmungen, in einen zivil- und einen verwaltungsrechtlichen Teil (52).

2. Schutz der Persönlichkeit

Das Schwergewicht des Kartellgesetzes liegt nach ausdrücklicher Meinung seiner Schöpfer auf den privatrechtlichen Bestimmungen (53). Damit sollte das öffentliche Interesse am Schutz der Wettbewerbsfreiheit bzw. eines funktionierenden Wettbewerbes aber keinesfalls in das Vorzimmer der Kartelle verwiesen werden. Vielmehr

50) Botschaft 1961, S. 561.

51) Botschaft 1961, S. 564.

52) Merz, Kartellgesetz, S. 23. Schnegelsberg, Kartellgesetz, S. 27. Merz, Probleme, S. 81 ff. Vorarbeiten, S. 26 f.

53) Botschaft 1961, S. 564/565.

war man der Ansicht, indirekt könne bzw. müsse mit Hilfe der zivilrechtlichen Vorschriften auch gesamtwirtschaftlich schädlichen Auswirkungen begegnet werden. Diese Gemeinwohl-Relevanz der privatrechtlichen Bestimmungen ist für die Gewichtung des Auslegungskriteriums "Wettbewerb" bei der Anwendung kartellrechtlicher Normen von grosser Bedeutung: Einerseits fördert der Schutz des Persönlichkeitsrechtes auf wirtschaftliche Entfaltung den Wettbewerb. Andererseits garantiert der Wettbewerb (im Sinne des Möglichen Wettbewerbes) ein wirtschaftliches Umfeld, in dem die einzelnen Marktteilnehmer ihre wirtschaftliche Persönlichkeit am besten entfalten können (54).

In Art. 4, Abs. 1 erklärt das Kartellgesetz erhebliche Wettbewerbsbehinderungen durch ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation als grundsätzlich unzulässig. Damit knüpft das Gesetz an die Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts an und schützt die wirtschaftliche Persönlichkeit im Wettbewerb, indem es die Vertragsfreiheit und die Koalitionsfreiheit des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation durch das Persönlichkeitsrecht des Behinderten begrenzt (55). Kartelle oder kartellähnliche Organisationen werden nicht verboten. Unzulässig sind jedoch deren Vorgehen, sofern sie den Wettbewerb in erheblichem Masse beeinträchtigen (Art. 4 KG). Daneben schützt das Gesetz die wirtschaftliche Persönlichkeit auch gegen Selbstaufhebung. Die Bestimmungen über interne Verpflichtungen der Kartellmitglieder (Art. 11-16 KG) lockern den Kartellzwang und erleichtern die Austrittsbedingungen aus dem Kartell (56). Das Gesetz strebt, insoweit es der Konzeption des "Möglichen Wettbewerbes" folgt, nicht eine Ordnung absolut freien Wettbewerbes an, sondern eine Wirtschaftsordnung, welche es dem Wettbewerbswilligen zumindest grund-

54) Botschaft, S. 563. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, S. 85.

55) Merz, Kartellgesetz, S. 40. BGE 86 II 377. Müller J.P. Grund-

56) Schürmann, Bundesgesetz, S. 112. rechte, S. 44 ff.

sätzlich) ermöglicht, am Wettbewerb teilzunehmen (57). Das System des "Möglichen Wettbewerbes" bietet deshalb lediglich Schutz vor der Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit, garantiert aber nicht, dass sich Wettbewerb wirklich einstellt (58).

3. Schutz des Wettbewerbes

Für den Fall, dass das Ziel des Gesetzes "Schutz des Wettbewerbes" mit den privatrechtlichen Bestimmungen nicht erreicht wird, sich der Wettbewerb also nicht wie vorgesehen einstellt, hat der Gesetzgeber den Einsatz verwaltungsrechtlicher Massnahmen vorgesehen (59). Dazu führt die Kartellkommission Erhebungen über Stand, Entwicklung und Auswirkungen der Kartelle und ähnlicher Organisationen durch (Art. 18 KG). Im Verfahren der Sonderuntersuchung klärt sie ab, "ob bestimmte Kartelle oder ähnliche Organisationen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen" (Art. 20 KG) (60). Als "ultima ratio" (61) kann das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement beim Bundesgericht Klage erheben, "wenn ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Wettbewerb ... in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil der Konsumenten" (Art. 22 KG). Unklarheit herrscht über den materiellen Gehalt der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen. Dies liegt einerseits

57) Botschaft, S. 560. Kartell und Wettbewerb, S. 160.

58) Vgl. dazu: S. 27 f.

59) Botschaft, S. 559/565.

60) Botschaft, S. 565. Zu den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des KG: Syz, Bestimmungen. Gunz, Instrumentarium.

61) Botschaft, S. 565.

darán, dass die wirtschaftspolitische Aufgabe des Staates, lenkend in die Wirtschaft einzugreifen, in bezug auf die Wettbewerbspolitik umstritten ist. Andererseits stellen die Generalklauseln des Kartellgesetzes die Kartellkommission und die Gerichte vor unlösbare Auslegungsprobleme, indem auf ein ordnungspolitisches Leitbild verwiesen wird, welches in Wirklichkeit nicht existiert oder zumindest nicht allgemein als verbindlich betrachtet wird (62). Es muss angenommen werden, dass die unklare Wettbewerbskonzeption des Kartellgesetzes die Ursache dafür ist, dass bis heute noch keine verwaltungsrechtliche Klage gemäss Art. 22 KG erhoben wurde. Die im KG enthaltenen Begriffe "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" (Art. 20 Abs. 1 KG), "öffentliches Interesse", "Gesamtinteresse", "erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbes" (Art. 22 Abs. 1 KG), erfordern ein klares wettbewerbspolitisches Leitbild. Ansonsten bleiben sie leer und den Gerichten sowie der Verwaltung werden wirtschaftspolitische Kompetenzen übertragen, die in erster Linie dem Gesetzgeber zustehen.

Eine Folge der materiell unklaren Wettbewerbskonzeption ist die sogenannte "Saldotheorie", welche der Kartellkommission als Grundlage für die Beurteilung wettbewerbspolitischer Probleme dient (63). Danach werden Wettbewerbsausschlüsse und -behinderungen grundsätzlich als volkswirtschaftlich und sozial schädlich betrachtet, sind jedoch gerechtfertigt, wenn

- wirtschafts- oder sozialpolitische Ziele die Behinderung rechtfertigen oder
- die Behinderung durch günstige Ergebnisse in anderer Richtung ausgeglichen wird (64).

62) Vgl. dazu: S. 106, Anm. 66.

63) Vgl. dazu: S. 97.

Diese Konzeption verstärkt die Entwicklung zur Einzelfallprüfung, wodurch das Kartellgesetz mehr und mehr zum "interventionistischen Recht der autonomen Koordination" wird, "worunter Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und sogar Wettbewerbsausschluss als gleichwertige Koordinationsmittel begriffen werden" (65). Der heutigen Kartellpolitik fehlt ein einheitliches, praktikables Leitbild, welches eine konsequente Anwendung der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen erlauben würde (66).

4. Wirtschafts-, insbesondere kartellpolitische Ausnahmen in Art. 5 KG

Art. 4 KG verbietet die erhebliche Behinderung oder den Ausschluss Dritter vom Wettbewerb durch Kartelle oder kartellähnliche Organisationen. Art. 5 nennt Gründe, die solche Vorkehren ausnahmsweise rechtfertigen, sogenannte "überwiegende schutzwürdige Interessen". Im Gegensatz zu den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen ist hier nicht vom "Gesamtinteresse" oder vom "öffentlichen Interesse" die Rede. Auf diese Unterscheidung im Gesetzeswortlaut stützt sich die Forderung, der Anwendung von Art. 5 sei eine ausschliesslich zivilistische Interessenabwägung zugrunde zu legen (67). Dass eine rein persönlichkeitsrechtliche Beurteilung von

64) Sieber, Kriterien, S. 63/64. Vgl. dazu: Homburger, Bemerkungen, S. 123 ff. Sieber, Verminderung, S. 126 ff.

65) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 127.

66) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 123.

67) Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 25/70/105. Gunz, Instrumentarium, S. 38 f. Usteri, Grundzüge, S. 153 f. Merz, Kartellrecht, S. 106/108. Schürmann, Bundesgesetz, S. 58. Botschaft, S. 610. Haffner, Kartellgesetz, S. 58.

kartellrechtlichen Behinderungen möglich und sinnvoll sei, wird jedoch von verschiedener Seite bestritten (68). In der Tat scheint es schwierig, wettbewerbsrechtliche Fragen in eine persönlichkeitsrechtliche und eine wettbewerbspolitische Komponente zu zerlegen und diese getrennt zu untersuchen. Gegen eine solche Ausklammerung der öffentlichrechtlichen Interessen spricht auch die Tatsache, dass Art. 5 Abs. 2 lit. c KG auf das Gesamtinteresse verweist. Es ist zumindest ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, wettbewerbs- oder wirtschaftspolitische Kriterien grundsätzlich vom privatrechtlichen Teil des Gesetzes auszuschliessen.

Die privatrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes verleihen den Kartellen und den kartellähnlichen Organisationen bedeutende wirtschaftspolitische Kompetenzen (69). Art. 5 Abs. 2 lit. c überlässt es den privaten Organisationen, darüber zu befinden, ob eine Struktur eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufes dem Gesamtinteresse entspreche. Im Falle einer zivilrechtlichen oder einer verwaltungsrechtlichen Klage hat zudem ein Zivilgericht über diese wirtschaftspolitisch bedeutsame Frage zu befinden. Diese recht

68) Schluep, Fragestellungen, S. 21. Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellrecht, S. 588/589. Schürmann, Entwicklung, S. 90. Merz, Kartellgesetz, S. 50. Deschenaux, L'esprit, S. 218/219.

69) In den parlamentarischen Verhandlungen wurde die wirtschaftspolitische Kompetenz der Kartelle damit begründet, es gehe völlig in Ordnung, wenn Private dasselbe tun (z. B. "die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes", Art. 5 Abs. 2 lit. c KG), was dem Staat von der Verfassung vorgeschrieben wird ("... Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeten Wirtschaftszweiges oder Berufes ...") (Art. 31bis, Abs. 3 lit. a BV): Schürmann, Berichterstatter, Sten Bull NR 1962, S. 638.

fragwürdige Verteilung wirtschaftspolitischer Kompetenzen wird für eine zukünftige Kartellpolitik grundsätzlich zu überdenken sein (70).

III. DAS VERHAELTNIS VON PRIVAT- UND OEFFENTLICHRECHTLICHEM TEIL DES KARTELLGESETZES IN DER BISHERIGEN ENTWICKLUNG

1. Materialien

Der doppelte Zweck des Kartellgesetzes wurde in den Vorarbeiten und in den parlamentarischen Verhandlungen nicht in Frage gestellt (71). Unumstritten war bei der Mehrheit auch das Leitbild des "Möglichen Wettbewerbes" und als Folge davon die starke Betonung des privatrechtlichen Teils (72). Auch das Verhältnis der beiden Teile zueinander und deren Gewichtung standen nicht grundsätzlich zur Diskussion. Dagegen stellte in der Berichterstattung der Referent das Kartellgesetz als ein Bauwerk dar. In diesem befänden sich die Vorschriften über den externen Kartellzwang im ersten Stock, "wo man bereits einen gewissen Blick nach aussen hat", während sich den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in den oberen Geschossen die gesamte Wirtschaftslandschaft darbietet (73). Für die Lösung des hier diskutierten Problems wäre es nun interessant zu wissen, ob der Zivilrichter im er-

70) Gygi, Wirtschaftspolitik, S. 80 f. Koller, Realisierung, S. 181 f. Schluep, Markenschutzgesetz, S. 398 f. Schluep, Die Rule of Reason, S. 70.

71) Botschaft 1961, S. 561. Vorarbeiten, S. 5. Kartell und Wettbewerb, S. 204/205.

72) Botschaft 1961, S. 560. Vorarbeiten, S. 5.

73) Schürmann, Berichterstatte, Sten Bull NR 1962, S. 614.

sten Stock auch in die Wirtschaftslandschaft hinaus-
blicken und aus dieser entsprechende Kriterien für
die Rechtsprechung gewinnen dürfe.

Der Einsatz privater Macht für die Regelung des Ko-
ordinationsproblems soll nach Art. 4 und Art. 5 KG nur
in Ausnahmefällen erlaubt sein (74). Voraussetzung da-
für ist ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse, wel-
ches in den parlamentarischen Verhandlungen als über-
einstimmend mit dem Gesamtinteresse bezeichnet wurde
(75). Dem braucht aber nicht so zu sein, denn ein pri-
vatrechtliches Interesse kann vom zivilrechtlichen
Standpunkt aus als geschützt betrachtet werden, auch
wenn es nicht im Gesamtinteresse liegt (76). Aus die-
ser starken Stellung des Privatrechts ergibt sich die
wirtschaftspolitische Kompetenz privater Organisationen,
die in den Verhandlungen grundsätzlich anerkannt wurde
(77). Dem Privatrecht wurde eine Ordnungsfunktion zu-
gestanden, indem es "die grundlegenden Formen für die
Gestaltung des Wirtschaftslebens" festsetze (78). Dem-
gegenüber betrachtete der Gesetzgeber die verwaltungs-
rechtliche Klage als "ultima ratio", die, als einziges
Mittel, "nötigenfalls mit Zwang eine behördliche Anord-
nung durchzusetzen", auf das unbedingt notwendige fest-
zusetzen sei (79). Ganz offensichtlich standen die ver-
waltungsrechtlichen Bestimmungen während der parlamen-

74) Für die Beurteilung des Einsatzes privater Macht im wettbe-
werbsrechtlichen Zusammenhang ist es genügend, das Bestehen
von Machtpositionen als empirisch festgestellte Tatsache zu
behandeln. Vgl. dazu: Schluep, Macht, S. 125 ff, namentlich
S. 130/131.

75) Bundesrat Schaffner, Sten Bull StR 1962, S. 201.

76) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 122.

77) Herzog, Sten Bull NR 1962, S. 623.

78) Botschaft 1961, S. 563.

79) Botschaft 1961, S. 565.

tarischen Verhandlungen im Schatten des zivilrechtlichen Teils, obwohl verschiedentlich auf ihre Bedeutung hingewiesen wurde (80).

2. Praxis des Bundesgerichts

Bis heute ist noch keine verwaltungsrechtliche Klage aufgrund von Art. 22 KG erhoben worden. Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht lässt sich deshalb nur anhand der Gerichtspraxis zum Art. 5 KG untersuchen. Entsprechend dem instrumentalischen Charakter des Kartellgesetzes prüft das Bundesgericht von Fall zu Fall, ob private (Kartell-) Interessen als "überwiegende schutzwürdige Interessen" zu gelten haben (81). Zu welcher dogmatisch fragwürdigen "wettbewerbsspolitischen Entscheidung" eine solche kasuistische Praxis führen kann, zeigt sich im "Denner-II-Entscheid", wo erklärt wurde, es liege "im Gesamtinteresse, dass die ganze Bevölkerung dank einem dichten Netz von Verkaufsstellen gleichmässig und grundsätzlich zu gleichen Bedingungen mit Bier versorgt werden kann" (82). Was das Verhältnis von privatem

80) Schürmann, Sten Bull NR 1962, S. 612, betonte, dass die "Schweiz ... von jeher das Verhältnis des Einzelnen zur Gesellschaft als ein solches des Persönlichkeitsrechtes verstanden" habe. Chamorel, Sten Bull NR 1962, S. 623, verteidigte das Gesetz gerade wegen der Betonung des privatrechtlichen Instrumentariums (bzw. der Vernachlässigung gesamtwirtschaftlicher Kriterien): "le mérite essentiel de ce projet me paraît résider en effet dans le fait qu'il n'est pas dominé par des considérations d'ordre économique ou d'ordre politique. Il se cantonne sur le terrain solide car, à notre avis, aucune considération d'opportunité économique ou politique, qu'elle soit, ne saurait justifier que l'on s'écarte, comme on l'a fait parfois, des principes essentiels sur lesquels repose notre ordre juridique et social". Rohner, Berichterstatter, Sten Bull StR 1962, S. 189. Weber, Sten Bull Nr 1962, S. 614 f.

81) Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 599. BGE 94 II 329 ff. Erwägungen 5 und 6.

82) BGE 98 II 365 ff, vor allem S. 379/381. Vgl. dazu: Merz, Bemerkungen, S. 127 ff. a. M.: Usteri, Verhältnis, S. 27.

und öffentlichem Interesse anbelangt, beschränkte sich die Bundesgerichtspraxis im wesentlichen auf die Frage, ob überwiegende schutzwürdige Interessen mit dem Gesamtinteresse positiv übereinstimmen müssen oder ob auch bloss solche, die dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen, eine Behinderung rechtfertigen. Das Erfordernis der Uebereinstimmung der Interessen wurde verneint mit dem Hinweis, die Kartelle seien keine "gemeinnützigen Einrichtungen" (83). Ausserdem anerkennt das Bundesgericht das Recht der Kartellmitglieder an der Durchsetzung einer Marktordnung (was nicht identisch ist mit Wettbewerbsordnung) gegenüber Nichtmitgliedern als grundsätzlich gleichwertig mit dem Interesse der Aussenseiter auf ungestörte Ausübung des Wettbewerbes. Dass damit den Kartellen ein erheblicher Spielraum für ihre private Wettbewerbspolitik zugestanden wird, ist offensichtlich. Zudem wird das vom Kartellgesetz auch verteidigte Gesamtinteresse zu einem grossen Teil in das Vorzimmer der Kartellinteressen verwiesen.

3. Praxis der Kartellkommission

Der Kartellkommission obliegt die Aufgabe, als sachverständige, von der Verwaltung unabhängige Instanz, den Wettbewerb zu überwachen und die Behörden zu beraten (84). Ihre Tätigkeit orientiert sich am Gesamtinteresse. Dementsprechend berücksichtigt sie neben rechtlichen auch wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Gegebenheiten (85). Gemäss der Konzeption des "Möglichen Wettbewerbes" (86) hat die Kartellkommission einen Wirt-

83) Schürmann, Bundesgesetz, S. 84; BGE 99 II 235, E. 3.

84) Schürmann, Bundesgesetz, S. 144/145. Vgl. dazu auch: Gunz, Instrumentarium.

85) Leo Schürmann, Fragen, S. 7.

86) Vgl. dazu: S. 46 ff.

schaftszweig oder Beruf im Falle von Wettbewerbsbeschränkungen auf den verbleibenden Wettbewerbsgrad zu untersuchen (87). Mehr und mehr ist sie jedoch von diesem Vorgehen abgekommen und beurteilt heute Wettbewerbsbeschränkungen in erster Linie nach der Saldo-Theorie (88). Die sich daraus ergebende Einzelfallprüfung entspricht insofern den Vorstellungen der Kartellkommission, als sie von Anfang an beabsichtigte, die Begriffe "Gesamtinteresse" und "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" anhand von konkreten Einzelfällen auszufüllen (89). Diese Einzelfallprüfung mit ihren "spekulativen Aussagen" (90), erweckt jedoch Bedenken hinsichtlich wirtschaftspolitischer Grundsätzlichkeit und Kontinuität, indem die Kartellkommission sich nicht auf ein allgemeingültiges Wettbewerbskonzept stützen kann, sondern ein solches für jeden Einzelfall erst schaffen muss (91).

4. Theorie

Zwei Fragen zum Verhältnis von Privat- und öffentlichem Recht stehen in der schweizerischen Kartelltheorie im Mittelpunkt: der Zweck des Kartellrechts und das Problem, ob in der zivilrechtlichen Interessenabwägung Aspekte des Gesamtinteresses mitberücksichtigt werden

87) Fröhlicher, Kartellkommission, S. 255. Schluep, Markenschutzgesetz, S. 400.

88) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 125 f. Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem schweizerischen Biermarkt, VKK Heft 2, 1966, S. 413.

89) Fröhlicher, Kartellkommission, S. 241.

90) Sieber, Kriterien, S. 57.

91) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 126/127. Vgl. dazu auch: Schürmann, Entwicklung, S. 77 ff.

dürfen. Wie bereits gezeigt wurde, bestehen zwei Ansätze, das Kartellgesetz in das Rechtssystem einzuordnen: ein persönlichkeitsrechtlicher und ein wirtschaftsrechtlicher (92). Da das schweizerische Kartellgesetz in seinen zwei Teilen eine Kombination von rechtlichen und wirtschaftlichen Postulaten darstellt (93), konzentriert sich im allgemeinen die Diskussion auf die nach wie vor ungelöste Frage, ob im Begriff "überwiegend schutzwürdige Interessen" auch gesamtwirtschaftliche Kriterien enthalten seien (94). Nach der Auffassung, der Schutz des Individuums im Wettbewerb habe in erster Linie auf einer zivilrechtlichen Interessenabwägung zu beruhen, leitet sich der materielle Gehalt des Kartellrechts aus einer persönlichkeitsrechtlichen Wertung ab (95). Schwierigkeiten ergeben sich bei dieser Konzeption dadurch, dass der privatrechtliche Teil des Kartellgesetzes nicht ohne Bezugnahme auf gesamtwirtschaftliche Kriterien auskommt (Art. 5 Abs. 2 lit. c) (96). M. E. ist es nicht möglich, die privatrechtliche Wertung vollständig vom "Gesamtinteresse" zu trennen. Doch ist nach wie vor ungeklärt, ob "überwiegende schutzwürdige Interessen" dem Gesamtinteresse lediglich nicht schaden dürfen, ob sie mit ihm übereinstimmen oder es gar fördern müssen (97). Offen für eine Weiterentwicklung des Kar-

92) Vgl. dazu: S. 38 ff.

93) Vgl. dazu: S. 71 ff.

94) Vgl. dazu: S. 85 ff.

95) Vgl. dazu: S. 88/89, namentlich Anm. 12) - 14).

96) Vgl. dazu: S. 90, Anm. 18a).

97) Zwar hat das BGr entschieden, es genüge, wenn die "überwiegenden schutzwürdigen Interessen" dem "Gesamtinteresse" nicht zuwiderlaufen (BGE 99 II 235, E. 3), doch hilft dies in der praktischen Anwendung des KG auch nicht weiter, solange die Gewichtung der verschiedenen Interessen nicht bestimmt ist.

tellrechts ist die Auffassung, der materielle Gehalt des Gesetzes lasse sich nicht aus der persönlichkeits- oder wirtschaftsrechtlichen Betrachtung selbst ableiten. Zweck und Ziel des Kartellrechts sind danach nicht grundsätzlich vorgegeben (98). Dieses erhält seinen materiellen Gehalt erst durch eine konkrete Zweck- und Zielformulierung des Gesetzgebers.

98) Zur Funktionalität des Kartellrechts, vgl. S. 110 ff.

4. Kapitel

Kriterien der Interessenabwägung im privaten und
öffentlichen Kartellrecht

I. ALLGEMEINES

Obwohl das schweizerische Kartellrecht durch einen doppelten Zweck charakterisiert ist (Persönlichkeitsschutz auf der einen Seite, institutioneller Schutz des Wettbewerbes auf der andern), haben diese zwei Aspekte in der Geschichte des Kartellgesetzes keine gleichgewichtete Berücksichtigung gefunden (1). Der Wille des Gesetzgebers ging ursprünglich dahin, den Wettbewerb auf richterlich-freiheitlicher Basis zu schützen. Das Privatrecht sollte in dieser Konzeption eine im Gesamtinteresse liegende Funktion erfüllen, auch wenn es unmittelbar nur die Verhältnisse unter Privaten ordnet (2). Dennoch ist das Ziel des Gesetzes instrumental, indem eine Ordnung angestrebt wird, in der Wettbewerb und Wettbewerbsausschluss gleichwertig nebeneinander stehen. Massstab für deren Beurteilung bildet das wie auch immer definierte "Gesaminteresse" im Sinne der Saldotheorie (3). In diesem Konzept nimmt die Kartellkommission eine dominierende Stellung ein und ist der eigentliche Hauptpfeiler der schweizerischen Wettbewerbspolitik (3a).

Der privatrechtliche Teil des Kartellgesetzes ist von der liberalen, freiheitlichen Auffassung getragen, die Gestaltung der Wirtschaft und namentlich des Wettbewerbsprozesses obliege in erster Linie den Privaten, d.h. ein-

-
- 1) Ein Indiz dafür ist unter anderem die Tatsache, dass bis zum heutigen Zeitpunkt keine verwaltungsrechtliche Klage gemäss Art. 22 KG angehoben wurde. Vgl. dazu: S. 77 ff.
- 2) Botschaft 1961, S. 563. Schluep, Switzerland, 2. Kap. S. 10 f.
- 3) Schluep, Switzerland, 2. Kap. S. 11. Vgl. vorne, S. 80 f.
- 3a) Schluep, Switzerland, 2. Kap. S. 93.

zelnen Gewerbetreibenden oder privaten Organisationen (4). Deutlich kommt diese Konzeption in Art. 5 KG zum Ausdruck, wo das Gesetz den Kartellen und kartellähnlichen Organisationen explizit wirtschaftspolitische Kompetenzen zugesteht (Art. 5 Abs. 2 lit. c KG) (5). Demgegenüber sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des KG und die darin festgelegten Kompetenzen des Staates (Art. 17 - 22 KG) lediglich als wettbewerbspolitisches Minimum gedacht, als "ultima ratio" kartellrechtlicher Eingriffsmöglichkeiten, falls der privatwirtschaftliche Gestaltungssinn einmal versagen oder der vielgepriesene "Wille zur Verständigung" fehlen sollte (6).

Der eigentliche Zweck der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes liegt darin, die wirt-

-
- 4) Ein Beispiel für die subsidiäre Anwendung öffentlichen Rechts und damit für die Unterordnung des öffentlichen Interesses unter die privatrechtliche, autonome Gestaltungsfreiheit, ist Art. 22 KG, wo gesagt wird: "Zur Wahrung des öffentlichen Interesses kann das EVED Klage erheben", (sc. falls die Auswirkungen der Kartelle oder kartellähnlichen Organisationen allzu negative Ausmasse annehmen). Damit wird die verwaltungsrechtliche Klage implizit zur "Notbremse" erklärt, die bekanntlich noch nie gezogen wurde. Gemäss der Botschaft des BR zum KG sollen "Verwaltungsrechtliche Massnahmen... auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Interessen der Allgemeinheit gewichtig genug sind, um ein öffentliches Einschreiten zu rechtfertigen. Sie dürfen nicht dazu dienen, den Beteiligten die Anhebung einer Zivilklage zu ersparen". Botschaft S. 599. Dass die Notbremse der verwaltungsrechtlichen Klage bis heute noch nie gezogen wurde, heisst allerdings nicht, dass die Notwendigkeit dazu nie bestanden hätte.
- 5) Kompetenzen, die in den parlamentarischen Verhandlungen als durchaus berechtigt bezeichnet wurden; vgl. dazu: S. 76, Anm. 69).
- 6) Botschaft 1961, S. 564.

schaftliche Koordination in einer dem Gesamtinteresse entsprechenden Weise zu beeinflussen (7). Dabei sollen der Aufbau und die Zusammensetzung der Kartellkommission verhindern, dass den Wirtschaftstreibenden theoretisch konzipierte, aber praxisfremde "richtige" Lösungen aufgezwungen werden (8). Dieses Ziel ist bisher insofern erreicht worden, als aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Kartellgesetzes noch nie tief in die privatwirtschaftliche Entscheidungsautonomie eingegriffen wurde. Zudem übt die Kartellkommission dank der relativ grossen Bereitschaft der Wirtschaft, moralischen Suasionen zu befolgen, einen gewissen informellen Einfluss auf die Gestaltung der Marktstrukturen aus.

Mit der Inpflichtnahme der privaten Wirtschaft im Interesse der Gesamtwirtschaft entspricht der verwaltungsrechtliche Teil des Kartellgesetzes dem erwähnten demokratischen Prinzip, d. h. der Bindung individueller Freiheit an die Interessen der Allgemeinheit (9). Es muss aber

7) Vgl. dazu: S. 73 f.

8) Merz, Kartellgesetz, S. 127 f.

9) Vgl. dazu: S. 63 ff.

In der Botschaft, S. 599, wurde betont, die zivilrechtlichen und zivilprozessualen Bestimmungen dienten mittelbar dem öffentlichen Interesse durch Gewährung der für ein genügendes Mass an Wettbewerb notwendigen Freiheit. "Sie reichen jedoch nicht aus, da keine Gewähr besteht, dass auf die Weise die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen in vollem Umfang erfasst werden". Diese Formulierung bestätigt, dass die beiden Teile des Gesetzes grundsätzlich dasselbe Ziel, nämlich die Sicherung eines Mindestmasses an Wettbewerb, anstreben (Botschaft 1961, S. 599). VKK 1974, S. 412: "Der Gedanke, die Wahrung des öffentlichen Interesses am Wettbewerb dürfe nicht nur in die Hand der einzelnen Wettbewerber gelegt werden, liegt dem ganzen verwaltungsrechtlichen Teil des KG zugrunde ...".

a. M. bzw. gegen das "Konzept des Individuums als Funktionär der Gesamtrechtsordnung": Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 106.

davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, mit Hilfe der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen den Wettbewerb als "staatliche Veranstaltung" zu erzwingen (10). Konsequenterweise ist m. E. ebenso auszuschliessen, dass die Absicht bestand, zwischen einem privatrechtlich organisierten und einem öffentlich-rechtlich institutionalisierten Wettbewerb zu unterscheiden. Somit erhebt sich die grundlegende Frage, wie weit es sinnvoll und erwünscht sei, die gesamtwirtschaftliche Relevanz des Kartellgesetzes ausschliesslich im öffentlich-rechtlichen Teil zu berücksichtigen, bzw. ob nicht das gesamte Kartellrecht, d. h. auch die privatrechtlichen Bestimmungen, aus diesem gesamtwirtschaftlichen Blickwinkel zu betrachten sei (11).

Erste Zweifeldaran, dass sich private und öffentliche Interessen im Kartellrecht auseinander halten lassen, ergeben sich aus der Tatsache, dass der privatrechtliche Teil des KG nicht ohne Bezug zum Gesamtinteresse auskommt (Art. 5 Abs. 2 lit. c KG). Zwar wird weitgehend die Meinung vertreten, der für die zivilrechtlichen Bestimmungen zentrale Begriff "überwiegende schutzwürdige Interessen" sei in erster Linie Gegenstand einer privatrechtlichen Interessenabwägung (12). Andererseits scheint diese Ansicht zumindest im Hinblick auf Art. 5 Abs. 2 lit. c nicht zu-

10) Was einerseits aus erkenntnistheoretischen Gründen auf Schwierigkeiten stossen würde, vgl. dazu: S. 9 ff., und andererseits nicht den (wirtschafts-) politischen Realitäten entsprochen hätte. Dies schliesst aber nicht aus, dass man Wettbewerb als das "richtige" und auch erwünschte bzw. verbindliche Koordinationsmittel der Wirtschaft betrachtet.

11) Vgl. dazu: S. 110 ff.

12) Homburger, Funktion, S. 333 ff. Usteri, Grundzüge, S. 153: "Eine der wichtigsten Konsequenzen der freiheitlichen Struktur eines Gemeinwesens besteht darin, dass die Einteilung allen Rechts in öffentliches Recht einerseits und privates Recht

zutreffen. Die "Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes" kann m. E. nicht als Gegenstand rein privatrechtlicher Interessenabwägung betrachtet werden. In der zu dieser Frage geführten Auseinandersetzung zwischen Biedenkopf und Homburger weist Homburger darauf hin, dass eben diese Betrachtung (sc. rein privatrechtliche Interessenabwägung) durchaus möglich sei (13), denn die schweizerische Verfassung und Gesetzgebung legitimierten das private Interesse an einer kartellistischen Marktregelung (14). Dieser Auffassung kann grundsätzlich, insbesondere in einer historischen Betrachtung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung (15) und in bezug auf das geltende Recht zugestimmt werden; doch ist dagegen der folgende Einwand zu erheben: Aus den Materialien zum Kartellgesetz geht hervor, dass dieses Gesetz mit dem Hauptzweck geschaffen wurde, missbräuchliche Beschränkungen der individuellen wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit durch Private zu verhindern (Konzept des "Möglichen Wettbewerbes") (16). Der Gesetzgeber war dabei der Ansicht, dass diese Missbrauchsbekämpfung aufgrund einer privatrechtlichen Interessenabwägung in der Regel genüge, um die "richtige" Koordination der Wirtschaft zu gewährleisten. Diese Konzeption, bei der die mit den zivilrechtlichen Kartellrechts-Bestimmungen geregelten Verhältnisse auf

-
- 12) Fortsetzung: andererseits notwendig ist: ja diese Einteilung muss eine ausschliessliche sein. Denn im freien Gemeinwesen der heutigen Zeit wird vorausgesetzt, dass sich der einzelne selbstverantwortlich und nach selbstgewählten Zielen entfalten könne und dass nur ein solchermassen aufgebautes Leben menschenwürdig sei".
- 13) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 1 ff.
Homburger, Funktion, S. 333 ff., insbes. S. 336 f.
- 14) Homburger, Funktion, S. 338.
- 15) Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung: vgl. S. 35.
- 16) Zum Konzept des "Möglichen Wettbewerbes": vgl. S. 27 ff.

"zwischenmenschliche Beziehungen" zwischen den betreffenden Marktteilnehmern "reduziert" (17) werden, kam allerdings spätestens dann ins Wanken, als das Leitbild des "Möglichen Wettbewerbes" in Frage gestellt wurde (18). Denn es zeigte sich, dass es aus wirtschaftspolitischer Sicht nicht genügt, die Lösung des Koordinationsproblems dem Zufall, bzw. den Interessen der einzelnen privaten Entscheidungsträger zu überlassen (18a). Daraus ergab sich die Notwendigkeit, bei der Auslegung der privatrechtlichen Bestimmungen Kriterien heranzuziehen, welche der gesamtwirtschaftlichen Relevanz sämtlicher Kartellrechts-Normen gerecht werden.

II. WETTBEWERBSFREIHEIT ALS HAUPTKRITERIUM DER KARTELL-RECHTLICHEN INTERESSENABWÄGUNG

1. Wettbewerb als gewolltes Koordinationsmittel

Aus wirtschaftspolitischer Sicht ist der Wettbewerb in erster Linie ein wirksames Mittel für die Steuerung und den Antrieb der Wirtschaft (19). Diese Funktionen werden

17) Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 25.

18) Vgl. dazu: S. 28/29. In Frage gestellt wird das Konzept des "Möglichen Wettbewerbes" allerdings nicht in erster Linie als solches, sondern vielmehr in seiner praktischen Entwicklung. Vgl. dazu: S. 28/29; insbes. Anm. 93.

18a) Schluep, Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, S. 597: "Biedenkopf hat richtig gesehen, dass die "rein zivilistische" Interessenabwägung scheitern muss, weil das privatrechtliche Kriterium der "sittenwidrigen Schädigung" im Konflikt zwischen Kartell und Ausenseiter zwangsläufig versagt".

19) Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 95 ff., insbesondere S. 108. Fröhlicher, Kartellkommission, S. 240 f. Schluep, Markenschutzgesetz, S. 397. Merz, Wettbewerbsrecht, S. 355 ff. Botschaft 1961, S. 559. Bühlmann, Wettbewerb, S. 178 ff.

Zu den Funktionen des Wettbewerbes: Vgl. S. 21 ff.

durch die Koordinationsmittel Gruppenabsprache und Plan in weniger wirksamer Weise erfüllt (20). Als nicht gerechtfertigt zeigt sich die ethische Begründung des Wettbewerbes, welche ein funktionierendes Konkurrenzsystem als Garanten der persönlichen Freiheit betrachtet. Zwar besteht in einer Wettbewerbswirtschaft für den Einzelnen grundsätzlich die Möglichkeit, sich wirtschaftlich frei zu entfalten. Doch ist diese Freiheit immer wieder bedroht, und zwar durch die dem Wettbewerb inne wohnende Tendenz, sich selbst aufzuheben, welche ihrerseits wiederum Ausdruck der Freiheit (Koalitionsfreiheit, Vertragsfreiheit) ist (21). Die mit dieser Entwicklung verbundene Konzentration wirtschaftlicher Entscheidungsmacht gilt es, sofern der Wettbewerb erhalten bzw. funktionsfähig bleiben soll, in Schranken zu halten.

Wettbewerb und persönliche Freiheit auf wirtschaftliche Entfaltung sind eng miteinander verbunden. Doch es genügt offensichtlich nicht, nur das eine zu verteidigen, in der Hoffnung, das andere stelle sich damit unwillkürlich auch ein (22). Zudem zeigt sich, dass unter dem Druck des Leistungsprinzips die Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher und namentlich sozialer Ziele als nicht vordringliche Aufgabe angesehen werden (23). Die Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses sind deshalb, bei Anwendung des Kartellgesetzes, auch unter diesem Gesichtspunkt der "Gemeinwohl-Verwirklichung" zu überprüfen (24).

20) Krüger, Staatslehre, S. 454 f. Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 180.

21) Sog. "Antinomie des Modells"; Vgl. dazu: S. 19/20.

22) Dies hat die Entwicklung des Konzeptes des "Möglichen Wettbewerbes" deutlich gemacht. Vgl. dazu: S. 28/29.

23) Weshalb frühe Kritiker wie F. Engels u. a. den Wettbewerb bzw. die nach diesem Modell arbeitende Gesellschaft als "Anarchie" u. ä. m. bezeichneten; Krüger, Staatslehre, S. 457.

24) Was im wesentlichen mit Hilfe der sog. "Saldotheorie" versucht wird. Diese Methode ist dem Grundsatz nach ein geeignetes Mittel für die Ueberprüfung der Ergebnisse des Wettbewerbes (oder Wett-

Angelpunkt der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ist die Handels- und Gewerbebefreiheit (25). Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Koordination ergeben sich jedoch nicht allein aus dieser Bestimmung, sondern vielmehr aus dem Kontext der gesamten Rechtsordnung (26). Zu berücksichtigen sind deshalb sämtliche Rechtsnormen, welche das Koordinationssystem der Wirtschaft konstituieren. Darunter fallen, neben der Handels- und Gewerbebefreiheit, alle geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechte, welche als Teile der Wirtschaftsverfassung zu betrachten sind (27). Die Entscheidung über das "richtige" Koordinationsmittel wird dadurch erschwert, dass die schweizerische Wirtschaftsverfassung nicht auf einem wirtschaftspolitischen Zielkatalog aufbaut, sondern auf einer Reihe von Freiheitsrechten, innerhalb derer die Konkretisierung des Koordinationsmittels weitgehend den Wirtschaftssubjekten überlassen bleibt (28). Dementsprechend wird Wettbewerbspolitik grösstenteils nicht als reguläres Gestaltungsinstrument im Rahmen der Wirtschaftsverfassung, sondern vielmehr als systemge-

-
- 24) Fortsetzung: bewerbsausschlusses) in bezug auf das Gemeinwohl. Die Gewichtung der Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen auf den Wettbewerb hat aber leider des öftern zu Fehl-Ergebnissen geführt, indem, wie etwa beim Bierbrauer-Kartell, selbst die vollständige Ausschaltung des Wettbewerbes als sozial nicht schädlich bezeichnet wurde. VKK 1974, S. 407 ff. Schluep, "Bier-Ergebnisse" unprofiliertter Wettbewerbspolitik, NZZ Nr. 91, 1977, S. 21. Germann, Leistungsprinzip, S. 143 ff.
- 25) Gygi/Schluep, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, S. 93 ff. Allemann, Die Handels- und Gewerbebefreiheit, S. 1 ff. Marti, Handels- und Gewerbebefreiheit, S. 85 ff.
- 26) Es sind dies Verfassung, Gesetze, Verordnungen sowie die Richtlinien des Bundesrates. Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 78.
- 27) Es betrifft dies vor allem Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Vereinsfreiheit, Koalitionsfreiheit sowie Werbefreiheit; Gygi/Schluep, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, S. 93 ff.
- 28) Gygi, Wirtschaftspolitik, S. 73.

fährdende Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit gesehen (29). Ob im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung Wettbewerb oder "lediglich" autonome Koordination (Wettbewerb oder Gruppenabsprachen) das "richtige" Koordinationsmittel seien, lässt sich aus diesen Gründen nicht verbindlich festlegen. In Praxis und Theorie ist diese Frage denn auch bis heute umstritten geblieben (30). Nichtsdestoweniger ist es unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Wettbewerbspolitik, dass sich der Gesetzgeber darüber ausspricht, ob überhaupt, in welchen Wirtschaftsbereichen und mit welcher Intensität Wettbewerb herrschen soll.

Die Erkenntnis, der Wettbewerb sei für eine leistungsfähige Wirtschaft das richtige Koordinationsmittel, genügt allerdings nicht, wenn es gilt, eben diesen Koordinationsmechanismus in der Praxis zu verwirklichen. Zwar ist der Schutz der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit, welcher im Konzept des "Möglichen Wettbewerbes" den Angelpunkt kartellpolitischer Massnahmen darstellt, eine juristisch bestechende Lösung des Kartellproblems. Die fast zwei Jahrzehnte lange Erfahrung mit dem geltenden Kartellgesetz hat aber gezeigt, dass es für die Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbes nicht genügt, das "Hohelied der Querköpfe anzustimmen" (31). Eine minimale Wettbewerbsintensität muss grundsätzlich auch gegen den Willen der Wirtschaftstreibenden erzwungen werden.

29) Bezeichnenderweise ist denn auch die Bundes-Kompetenz zum Erlass eines Kartellgesetzes (Art. 31 bis, Ziff. 3 lit. d BV) als "Abweichung von der HGF" eingestuft und nicht als notwendige, systemkonforme Ergänzung der "Wirtschaftsverfassung".

30) Gygi/Schluep, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, S. 91 und dort zitierte Literatur.

Wettbewerb ist als Koordinationsmechanismus nicht für alle Wirtschaftsbereiche geeignet (32). Der Grund dafür liegt in der Tatsache, dass die einzelnen Wettbewerbsteilnehmer bei der Planung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit sich primär am zu erwartenden finanziellen Gewinn orientieren. Wo ein solcher nicht erzielt werden kann, findet eine freiwillige wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich nicht statt (33). Als Folge davon obliegt dem Staat die Bereitstellung gewisser Güter und Dienstleistungen, bei welchen die Versorgung im Wettbewerbsprozess nicht oder nur zu ungünstigen Bedingungen gewährleistet wäre (Post, Schulen, Strassenbau u. a. m.). Darüber hinaus bestehen Wirtschaftsbereiche, bei denen im Interesse übergeordneter Ziele das Zustandekommen von Wettbewerb verhindert werden muss. So etwa in der Landwirtschaft, wo mit Hilfe von staatlicher Bewirtschaftung die Erhaltung einer gewissen Sozialstruktur und einer minimalen Landesversorgung angestrebt wird (34).

2. Anknüpfungspunkte des Kartellrechts

Grundsätzlich können zwei Arten wettbewerbsrechtlicher Konflikte unterschieden werden:

30) Fortsetzung: Aus dem logischen Zusammenhang zwischen HGF, Privatautonomie und Eigentumsfreiheit kann bzw. muss geschlossen werden, die BV impliziere ein Wettbewerbsystem, in welchem die Wettbewerbsfreiheit des einzelnen sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber Privaten geschützt ist.

Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 286.

31) Kummer, Begriff S. 120.

32) Krüger, Staatslehre, S. 474 ff.

33) von Wiese, Wettbewerb, S. 26.

34) Krüger, Staatslehre, S. 474 ff.

a) Behinderung eines Wettbewerbswilligen durch ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation (Art. 4 ff. KG). In diesem Falle stellt sich das Wertungsproblem als

- privatrechtliches, insofern als es sich dabei um ein Verhältnis zwischen zwei oder mehreren Privatsubjekten handelt,
- privat-öffentlich-rechtliches, insofern als es um die Rechtfertigung der Behinderung durch "überwiegende schutzwürdige Interessen" (Art. 5 Abs. 1 KG) geht (35).

b) Durchsetzung des Wettbewerbsgedankens gegenüber Privaten durch den Staat, wenn in einem Berufs- oder Wirtschaftszweig der Wettbewerb in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise ausgeschlossen oder erheblich beschränkt wird, (Art. 22 KG). Dieser Fall ist dann von Bedeutung, wenn keine privatrechtliche Behinderung im Sinne von Art. 4 KG vorliegt (bzw. nachzuweisen ist) oder wenn kein oder eine ungenügende Anzahl Behinderter als Kläger auftreten.

Die Idee des Art. 22 (sc. Durchsetzung eines funktionsfähigen Wettbewerbes durch den Staat) gewinnt zunehmend an Bedeutung, insofern als sich die Wirtschaft in Richtung vermehrter Unternehmenskonzentration bewegt. In dieser Situation führt die kleiner werdende Anzahl von Wettbewerbsteilnehmern auch zu einem all-

35) Mit dieser Unterscheidung wird lediglich die primäre Beziehung charakterisiert, aus der heraus eine Interessenabwägung entsteht. Nicht definiert werden damit die Kriterien, welche bei der jeweiligen Wertung zum Zuge kommen.

mählichen Verschwinden der vielgepriesenen Aussen-
seiter, so dass das "Hohelied der Querköpfe" (36)
immer seltener angestimmt werden kann.

Mit der grundsätzlichen Entscheidung für den Wett-
bewerb als "richtiges" Koordinationsmittel der Wirt-
schaft ist das Wettbewerbsproblem nicht gelöst, son-
dern lediglich auf eine nächst höhere Stufe verscho-
ben, indem nun von Fall zu Fall die Anwendbarkeit
der Wettbewerbsregeln zu prüfen ist. Dabei stellt
sich die Frage, an welche wettbewerbsrelevanten Tat-
bestände das Wettbewerbsrecht jeweils anknüpfen solle.

A) Zivilrechtlich relevante Handlung

Die Anknüpfung an eine zivilrechtlich relevante Hand-
lung, nämlich an die Behinderung der Entfaltung der wirt-
schaftlichen Persönlichkeit, entspricht der ursprüngli-
chen Konzeption des schweizerischen Kartellgesetzes (37).
Diese Lösung leuchtet dem Juristen insofern ein, als der
Zivilrichter dabei das ihm vertraute Rechtsgut der Per-
sönlichkeit zu beurteilen hat. Schwierigkeiten bei der
Durchsetzung dieser ziviljuristischen Konzeption können
sich dann ergeben, wenn bei der zivilrechtlichen Inte-
ressenabwägung "fremde" Begriffe wie "Gesamtinteresse"
oder "Wettbewerb" herangezogen werden. In diesen Fällen
versagt die Anknüpfung an die persönlichkeitsrechtliche
Behinderung insofern, als in der zivilrechtlichen Wertung
grundsätzlich keine Kriterien des Gesamtinteresses ent-
halten sind (37a).

36) Kummer, Begriff, S. 120.

37) Schluep, Fragestellungen, S. 20 ff.
Lukes, Verständnis, S. 201 ff.

B) Volkswirtschaftliches Ergebnis

Gemäss der in der schweizerischen Kartellrechtspraxis angewendeten Saldotheorie (38) werden bei der Beurteilung einer wettbewerbsrechtlich relevanten Behinderung, abgesehen von den eigentlichen Wettbewerbskriterien wie Wettbewerbsmöglichkeit und Wettbewerbsstruktur, auch die Ergebnisse des Wettbewerbsprozesses als Beurteilungskriterien herangezogen (39). Dabei sollen neben wirtschaftlichen Resultaten (Preise, Produktequalität) auch gesellschaftliche, wie Schutz der Volksgesundheit, Schutz der Umwelt u.ä. berücksichtigt werden (40). Diese Saldotheorie, zu der sich auch die Kartellkommission weitgehend bekennt, ist zwar in ihrer Praktikabilität einleuchtend, weist aber insofern eine erhebliche konzeptionelle Schwäche auf, als sie Verwaltung und Gerichte zu Entscheidungen zwingt, welche lediglich aus wirtschaftspolitischer, nicht aber aus juristischer Sicht zu rechtfertigen sind (41).

37a) Vgl. dazu: S. 90, Anm. 18a).

38) Vgl. dazu: S. 91, Anm. 24; S. 80/81.

39) Sieber, Umweltschutz und Kartellgesetz, NZZ Nr. 206 vom 3./4. September 1977, S. 17/18 betrachtet es als denkbar, dass etwa Kriterien des Umweltschutzes bei der Beurteilung eines Ausnahmeverbotes gemäss Art. 5 KG herangezogen werden. M.E. ist eine solche Entwicklung abzulehnen, da sonst die Grenzen zwischen Wettbewerbspolitik und übriger Wirtschaftspolitik verwischt werden und das Kartellgesetz den letzten Rest an Effizienz verliert. Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 125 ff. Homburger, Rechtsgrundlagen, S. 78/79.

40) Zu den verschiedenen Kriterien des "Gesamtinteresses" und der "volkswirtschaftlich oder sozialen Schädlichkeit" aus der Sicht der Kartellkommission: Fröhlicher, Kartellkommission, S. 240 ff.

41) Schluep, "Bier-Ergebnisse" unprofilierte Wettbewerbspolitik, NZZ Nr. 91, 1977, S. 21, bezeichnet die Ergebnisse der Saldotheorie als "erschütternd", weil gerade das grundlegende Problem der Gewichtung der Wettbewerbsergebnisse durch Auslegung kartellrechtlicher Normen nicht zu bewerkstelligen ist. Vgl. dazu: S. 74 ff.

C) Wettbewerbsstruktur

Bei der Schaffung des geltenden Kartellgesetzes herrschte im wesentlichen die Ansicht vor, in den Fällen einer privatrechtlichen bzw. einer öffentlich-rechtlichen Klage seien der Interessenabwägung unterschiedliche Kriterien zugrunde zu legen (42). Einerseits wird das zivilrechtliche Instrumentarium dann eingesetzt, wenn es sich bei dem zu lösenden Konflikt um einen persönlichkeitsrechtlich relevanten Behinderungstatbestand handelt. Ein solcher Konflikt soll grundsätzlich auf Grund zivilrechtlicher Kriterien beurteilt werden. Auf der anderen Seite dient der öffentlichrechtliche Teil des Kartellgesetzes dazu, das öffentliche Interesse zu wahren, wenn in einem bestimmten Wirtschaftsbereich der (offensichtlich erwünschte!) Wettbewerb einen minimalen Intensitätsgrad unterschreitet (43). Hauptkriterium der Interessenabwägung ist in diesem Falle das in erster Linie wirtschaftspolitisch begründete Interesse an einem funktionsfähigen Wettbewerb (44).

Die Spaltung des kartellrechtlichen Instrumentariums hat in der Praxis dazu geführt, dass bei der Beurteilung kartellrechtlicher Klagen das Kriterium "Wettbewerb" grösstenteils zugunsten der privatrechtlich geschützten Kartellinteressen zurückzutreten hatte. Folgerichtig ist es deshalb, sich auf den Grundzweck des Kartellrechts zurückzubedenken: Auf den Schutz des Wettbewerbes bzw.

42) Vgl. dazu: S. 77 f. Namentlich das anschauliche Bild von Bericht-
erstatter Schürmann dokumentiert diese Auffassung deutlich; Sten
Bull NR 1962, S. 614.

43) Botschaft 1961, S. 565.

44) Vgl. dazu: S. 31 f.

den Schutz des Rechtes auf Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit, soweit diese zu einem funktionsfähigen Wettbewerb beiträgt (45). Persönlichkeitsschutz bildet so das Mittel, mit dessen Hilfe der dahinter stehende wirtschaftsrechtliche Zweck des Kartellgesetzes erreicht werden soll.

Aus diesem Blickwinkel erhält die Zweiteilung des Kartellgesetzes einen erheblich geänderten Stellenwert. Hauptkriterium für den Einsatz des kartellrechtlichen Instrumentariums ist nicht mehr die Frage, ob ein privates oder ein öffentliches Interesse verletzt sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Kartellproblem immer in der Verletzung eines öffentlichen Interesses besteht. Erst in zweiter Linie geht die Frage dahin, ob diese Verletzung mit Hilfe des privatrechtlichen oder des öffentlichrechtlichen Instrumentariums zu beheben sei. Die Lösung dieses Problems hängt nun von der aktuellen Wettbewerbsstruktur ab, d. h. davon, ob im jeweiligen Wirtschaftsbereich ein funktionsfähiger Wettbewerb besteht oder ob ein solcher durch Kartellierung bzw. Konzentration aufgehoben ist.

Das Privatrecht erhält in dieser Konzeption die Aufgabe einer präventiven Verhaltenskontrolle, welche zudem nur dann die gewünschte Wirkung entfalten kann, wenn die betroffenen Privaten einem effektiven Wettbewerbsprozess ausgesetzt sind. Das öffentliche Recht andererseits trägt mehr den Charakter einer reaktiven Struktur- und Verhaltenskontrolle, welche immer dann einzusetzen ist, wenn in einem Wirtschaftsbereich der Wettbewerb nicht oder nicht mehr besteht.

45) Vgl. dazu: S. 41.

Bei einer umfassenden Kartellierung oder bei eigentumsrechtlich begründeten Konzentrationserscheinungen versagt die Anknüpfung an zivilrechtliche Behinderungskriterien weitgehend. Zum einen deshalb, weil im Falle der Kartellierung keine (oder nur eine ungenügende Anzahl) Behinderte als Kläger auftreten. Zum andern weil in einer monopolistisch oder oligopolistisch strukturierten Wirtschaft kaum Aussenseiter zu finden sind, die willens oder fähig wären, gegen die Machtkonzentration der "Grossen" anzugehen. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob auf einem regional und produktmässig abgegrenzten Markt noch Wettbewerb herrsche (46). Dabei genügt es nicht, im Sinne des "Möglichen Wettbewerbes" zu prüfen, ob die Bedingungen für das Zustandekommen von Wettbewerbsprozessen vorhanden sind (47). Vielmehr muss, wenn die Wettbewerbsstruktur als Ansatzpunkt kartellrechtlicher Massnahmen genommen wird, das "richtige" Koordinationsmittel auch dann durchgesetzt werden, wenn kein Privater als Kläger auftritt. Ziel der Wettbewerbspolitik bzw. des Wettbewerbsrechtes ist in diesem Falle, die Intensität des Wettbewerbes nicht unter ein gewisses Minimum sinken zu lassen. Die Notwendigkeit dafür ergibt sich namentlich aus dem Umstand, dass es nicht möglich ist, mit Hilfe einer strikte zivilrechtlichen Wertung kartellrechtlich relevanter Interessenkollisionen einen funktionsfähigen Wettbewerb zu erzwingen.

Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es, diejenigen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen durchzusetzen, welche das Entstehen von Wettbewerbsprozessen

46) Was die Aufgabe der Kartellkommission ist: Art. 17 ff KG.

47) Vgl. dazu: S. 27 f.

ermöglichen (48). Diese Wettbewerbsvoraussetzungen, welche neben der zivil- und öffentlichrechtlich geschützten Wettbewerbsmöglichkeit (49) auch die wettbewerbspolitisch relevante Wirtschaftsstruktur umfassen (50), sind sowohl der zivilrechtlichen als auch der öffentlichrechtlichen Interessenabwägung zugrunde zu legen. Das Fehlen einer funktionsfähigen Wettbewerbsstruktur wird zum Hauptkriterium für die Rechtfertigung kartellrechtlicher Korrekturmassnahmen. Als Folge dieser Betrachtung kann das Kartellinteresse an einer Beschränkung des Wettbewerbes nicht mehr als grundsätzlich schutzwürdiges Interesse gelten. M.a.W.: Im Zweifelsfalle sind eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung oder ein Wettbewerbsausschluss als nicht gerechtfertigt zu betrachten, es sei denn, diese würden durch das Gesamtinteresse positiv geboten (51).

48) Tuchtfeldt, Wettbewerbspolitik, S. 180, unterscheidet drei Ziele der Wettbewerbspolitik:

1. Herstellung und Sicherung des Wettbewerbes als Individualschutz, d. h. als Grundlage der persönlichen Freiheit.
2. Wettbewerbspolitik als Ordnungspolitik
3. Instrumentalisierung des Wettbewerbes zur Erreichung günstiger Marktergebnisse.

Vgl. dazu: S. 18 ff.

49) Vgl. dazu: S. 27 ff.

50) Was namentlich das Vorhandensein mehrerer Marktteilnehmer bedeutet, von denen keiner den Markt beherrscht. Daneben sind auch ein gewisses Erwerbsstreben und ein Realitätsbewusstsein erforderlich. Es kann nicht von einer genügenden Wettbewerbsstruktur gesprochen werden, wenn sämtliche Marktteilnehmer "freiwillig" auf Wettbewerb verzichten.

Die Aufgabe der Kartellkommission, mit Hilfe von Erhebungen (Art. 18 KG) und Sonderuntersuchungen (Art. 20 KG) die Marktstruktur festzustellen, ist im eigentlichen Sinne Rechtstat-sachenforschung, zumindest solange, als die festgestellten Strukturen nicht normativ bewertet werden. Dieser Aspekt der Kartellkommissions-Tätigkeit wurde leider bis jetzt noch nie untersucht. Vgl. dazu: Reh binder, Methoden, S. 14.

51) Währenddem die heutige Praxis, gestützt auf die Saldotheorie, eine vollständige Aufhebung des Wettbewerbes zulässt, sofern

III. KARTELLRECHT ALS INTERDISZIPLINÄRES RECHT

1. Allgemeines

Die im Wirtschaftsrecht geforderte funktionale Rechtsbetrachtung zwingt Verwaltung und Gerichte, bei der Anwendung des Kartellgesetzes nicht nur juristische Kriterien, sondern auch gesamtwirtschaftliche Daten und Ziele zu berücksichtigen. Diese interdisziplinäre Rechtsbetrachtung ist vor allem dann von Bedeutung, wenn es darum geht, im Rahmen der im KG enthaltenen Generalklauseln den Schutz des richtigen Koordinationsmittels (sc. Wettbewerb) zu verwirklichen. Die entsprechenden Instanzen (Kartellkommission, Gerichte) erfüllen dannzumal gezwungenermassen wirtschaftspolitische Aufgaben. Eine Konstruktion, welche insofern problematisch ist, als in den Begriffen "überwiegende schutzwürdige Interessen" (52), "öffentliches Interesse" (53), "Gesamtinteresse" (54) und "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" (55) selbst nicht genügend tragfähige Kriterien für eine rein juristische Auslegung enthalten sind. Der Gehalt des Kartellgesetzes und dessen konkreter Einfluss auf die Koordination der Wirtschaft hängt deshalb weitgehend davon ab, in welchem Masse wirtschaftspolitische Kriterien bei der Auslegung des Kartellgesetzes zum Zuge kommen.

51) Fortsetzung: irgendwelche nicht wettbewerbsrechtlichen Kriterien sich für diese Marktstruktur ins Feld führen lassen. Vgl. dazu: Arm. 24, S. 91.

52) Art. 5 Abs. 1 KG

53) Art. 5 Abs. 2 lit. c KG

Die klassische Abgrenzung der Rechtskreise Privat- und Öffentliches Recht versagt im Kartellrecht (56). Zwar beruhen die Gestaltung und die Koordination der Wirtschaft nach wie vor auf der subjektiv-rechtlich begründeten wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit. Es lässt sich aber nicht vermeiden, dass die Ergebnisse der autonomen Koordination an gesamtwirtschaftlichen Kriterien gemessen werden. Dies heisst nun nicht, dass damit privates und Öffentliches Recht vollständig ineinander aufgehen und das Kartellrecht zum blossen Wirtschaftsverwaltungsrecht wird. Ludwig Raiser hat die Problematik des Zusammentreffens der beiden Rechtskreise Privat- und Öffentliches Recht wie folgt dargestellt: Das Recht kann man sich vorstellen als eine "Ellipse mit zwei Brennpunkten als Strahlungszentren, zwischen denen sich ein von beiden Zentren her beeinflusster Mittelbereich ergibt" (57). Auf der einen Seite dieser Ellipse steht das Privatrecht mit der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung des Menschen als Leididee. Auf der andern Seite ist das Öffentliche Recht zu finden, welches die Staatsgewalt ordnet, namentlich Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. Dazwischen liegt die von beiden Brennpunkten beeinflusste Zone, in der die kategoriale Unterscheidung des Rechts versagt. Für diesen Mittelbereich verwendet Raiser den jeweiligen "Grad der Privatheit oder Oeffentlichkeit" als Kriterium, um das Recht in "Funktionsbereiche" zu gliedern, welche den "typischen Lebensbereichen unserer Gesellschaft entsprechen" (58).

56) Vgl. dazu: S. 33 ff.

57) Raiser, Zukunft, S. 22.

58) Raiser, Zukunft, S. 29.

Diese Darstellung vermeidet einerseits die strikte Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht, wie sie notwendig wird, wenn diese beiden Gebiete als zwei geschlossene Rechtskreise betrachtet werden, lässt aber nach wie vor Platz für die privatautonome (wirtschaftliche) Entfaltungsmöglichkeit. Ein Aspekt, der für die Lösung des Koordinationsproblems im Rahmen des schweizerischen Kartellgesetzes von grösster Bedeutung ist (59).

Der Mittelbereich der Ellipse, in welchem sich privat- und öffentlichrechtliche Kriterien vermischen, umfasst neben wirtschaftsrechtlichen auch andere Normen mit "gesteigertem Öffentlichkeitsgehalt, wie Arbeitsrecht, Mietrecht u. ä., welche auch, als dritte Kategorie neben Privat- und öffentlichem Recht, als Sozialrecht bezeichnet werden (60), hier aber nicht zur Diskussion stehen.

2. Funktionale Dogmatik

"Dogmatik als sich zum eigenen System abschliessende Elementarlehre von Rechtsbegriffen und - Institutionen" strebt einen inneren Zusammenhang aller Rechtsbegriffe an (61). Ihr Wert liegt "in der Vermeidung ständiger Neu-

59) Vgl. dazu: S. 70.

60) Raiser, Zukunft, S. 33. Rehbinder, Nutzen, S. 565, Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 545 ff. Raiser selbst wendet sich allerdings gegen diesen Begriff, da von ihm angesichts der Unschärfe, die den Begriff des "Sozialen" im heutigen Sprachgebrauch anhaftet, keine Hilfe zu erwarten sei (S. 24). Schluep, Beziehungen, S. 42. Wiethölter, Position, S. 48.

61) Esser, Möglichkeiten, S. 97 ff. Gysin, Bindung, S. 315 ff.

gumentation" - durch die Bildung eines "Vorrates von signifikanten Entscheidungsmerkmalen" (62). Das Ziel der Dogmatik, gewisse unveränderliche Autoritäten als Grundlage des gesamten Rechtssystems festzulegen, entspringt dem Bestreben, nicht jeden Rechtskonflikt nach erst zu suchenden rechtspolitischen Kriterien neu entscheiden zu müssen. Eine dogmatische Geschlossenheit des Rechtssystems ist umso leichter zu erreichen, je mehr feststehende gesellschaftliche Wertvorstellungen diesem System zugrunde gelegt werden können. Gerade dieses Erfordernis kann aber in der heutigen Gesellschaft mit ihrer differenzierten Sozialstruktur immer weniger erfüllt werden (63). Nach Luhmann haben zwei "globale Entwicklungstrends" das traditionelle begrifflich - dogmatische Orientierungsgerüst des Juristen in Schwierigkeiten gebracht: Auf der einen Seite die "zunehmenden Tempoanforderungen in der Anpassung [des Rechts] an gesellschaftliche Veränderungen" und auf der andern die "Umstellung gesellschaftlicher Grundorientierungen von der Vergangenheit auf die Zukunft" (64). Diese Feststellung trifft in besonderem Masse für das Wirtschaftsrecht zu, ist dieses doch mit einem Rechtsobjekt konfrontiert (die

62) Esser, Vorverständnis, S. 91. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 207 ff.

63) Andererseits bestehen verschiedene Ansätze, um die Interdependenz von Recht und Sozialleben zu erfassen, um der Domatik das Schritthalten mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu erlauben. Rehbinders, Nutzen, S. 565 ff. Luhmann, Rechtssystem, S. 49. Perelmann, Gerechtigkeit, S. 22 ff. Luhmann, Zweckbegriff, S. 23, S. 175, wobei vor allem Luhmann es selbst ablehnt, mit seiner Rechtssoziologie dem Juristen Entscheidungshilfe zu geben. Rehbinders ist der Meinung, (Nutzen, S. 565), "ein erheblicher Teil der gegenwärtigen rechtssoziologischen Literatur sollte fairerweise ... den Aufdruck tragen: für den praktischen Gebrauch für Juristen nicht geeignet". Vgl. dazu: Opp, Soziologie, S. 41 ff. Nussbaum, Rechtstatsachenforschung, S. 335, betrachtet die Rechtstatsachenforschung als "Ergänzung

Wirtschaft bzw. das Wirtschaften), dessen Dynamik sich der Erfassung durch eine in sich selbst abgeschlossene Dogmatik entzieht.

Funktionale Dogmatik darf nicht mit "social engineering" im Sinne der Freirechtsschule gleichgesetzt werden (65). Auch der funktional denkende Richter hält sich an feststehende Gerechtigkeitskriterien. Allerdings setzen sich diese nicht nur aus innersystematischen (sc. juristischen) Elementen zusammen, sondern lassen auch Perspektiven, die den "Blick auf die gesamte Wirtschaftslandschaft" (66) öffnen, als Entscheidungsgrundlage zu.

Die Wirtschaft befindet sich in einem andauernden Veränderungsprozess. Mit diesem Schritt zu halten, ist eine der schwierigsten Aufgaben der Kartellrechtsdogmatik. Die Anpassung des Rechts an die wirtschaftliche Dynamik kommt einem Wettlauf gleich, indem die Wirtschaft immer neue Formen der Wettbewerbsbeschränkung entwickelt, die durch das Gesetz (noch) nicht erfasst werden (67). Will das Kartellrecht diesen Wettlauf nicht

63) Fortsetzung: der Dogmatik" mit dem Ziel, "Realien in das System der Rechtswissenschaft [einzufügen]".

Vgl. dazu auch: Lüderssen, Erfahrung, S. 53.

64) Luhmann, Rechtssystem, S. 13/14.

65) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 579 ff.

66) Vgl. dazu: S. 77, Anm. 73. Welche Bedeutung einer dogmatisch (bzw. wettbewerbspolitisch) gefestigten Rechtssprechung zukommt und zu welchen Ergebnissen das Fehlen einer dogmatischen Grundlage führt, wird am Bundesgerichtsentscheid 98 II 381 deutlich, wo apodiktisch erklärt wurde, es liege "im Gesamtinteresse, dass die ganze Bevölkerung dank eines dichten Netzes von Verkaufsstellen gleichmässig und grundsätzlich zu gleichen Bedingungen mit Bier versorgt werden kann". Vgl. dazu auch: Merz, Bemerkungen, S. 127 ff.

67) Z. B. Fusionen, Joint Ventures, Nachfragemacht u. a. m.

zum vornherein verlieren, müssen die dogmatischen Grundlagen auf diese Dynamik abgestimmt werden, denn "offenbar [ist] keine Dogmatik funktionsfähig, die ihre Ausgangsdogmen und ihre Argumentationsformen nicht den zeitgenössischen Rechtspostulaten anzupassen versteht" (68).

Funktionale Dogmatik ist die Voraussetzung und Grundlage einer nicht zweckmässigkeits-, sondern gerechtigkeitsorientierten Technizität des Kartellrechts (69). Die für das Wirtschaftsrecht charakteristischen Merkmale Funktionalität und Technizität werden weithin abgelehnt mit der Begründung, sie führten zu blossen Massnahmegesetzen, welche sich statt an Rechtswerten, lediglich an kurzfristigen politischen Notwendigkeiten orientierten (70). Zudem hätten Massnahmengesetze keinen Eigenwert, sondern lediglich Mittelwert (71). Diesem Einwand kann nicht beigespflichtet werden. Der Zweck des Kartellrechts liegt bekanntlich in der Sicherung des "richtigen" Koordinationsmittels der Wirtschaft. "Richtig" heisst: funktionierender Wettbewerb und die Möglichkeit des Einzelnen, seine wirtschaftliche Per-

67) Fortsetzung: Vgl. namentlich: Bühlmann, Tragweite, S. 1 ff. Tschäni, Funktionswandel, hat gezeigt, dass sowohl das Gesellschaftsrecht wie auch das Wettbewerbsrecht ihrer ordnungspolitischen Funktion nicht gerecht werden können, falls sie weiterhin in ihrer (neo-)liberal geprägten Konzeption verharren, S. 146 ff. Zum Problem der Nachfragemacht: vgl. VKK 1976, S. 55 ff. Gerade beim Problem der Nachfragemacht zeigt sich die Schwierigkeit, neue wirtschaftliche "Machtformen" kartellrechtlich zu erfassen: Nach wie vor fehlt eine praktikable Definition der "Nachfragemacht"; VKK 1979, S. 375.

68) Esser, Vorverständnis, S. 93.

69) Vgl. dazu: Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 83 ff.

70) Merz, Kartellrecht, S. 260. Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 86 f. und dort zitierte Literatur.

71) Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 86.

sönlichkeit frei zu entfalten. Es trifft zu, dass der Wettbewerb, soweit er als Koordinations- und Antriebsmittel der Wirtschaft betrachtet wird, nicht ein eigenständiges Rechtsprinzip mit ethischem Gehalt darstellt. Dennoch kommt dem Kartellrecht mehr als nur "kurzfristige politische oder ökonomische Bedeutung" zu. Die ökonomischen Vorteile des Wettbewerbprozesses sind nur ein Teilziel des ganzen Wirtschaftssystems. Sie bilden vor allem die Grundlage für die Entfaltung der Persönlichkeit und den Schutz eines menschenwürdigen Daseins. Zudem haben im wirtschaftlichen Gesamtsystem bzw. in dessen wirtschaftsrechtlichem Normengefüge auch andere Elemente ihre Bedeutung, die es in die Betrachtung einzubeziehen gilt. Es sind dies vor allem das Eigentum, die persönliche Freiheit, Presse-, Meinungs- und Informationsfreiheit, die HGF sowie die verschiedenen Spezialgesetze wie UWG, MSchG, PatG, URG.

Alle diese für das Wirtschaftssystem relevanten rechtlichen Elemente stehen mit der Wettbewerbsfreiheit in einem Zusammenhang, den es zu berücksichtigen gilt (72). Erst wenn die gesamtheitliche Betrachtung der einzelnen Teile des Wirtschaftsrechts gelingt, wird es möglich, den Gerechtigkeitsgehalt eines koordinationsbezogenen, funktionalen Gesetzes zu erkennen.

Die nicht-funktionale Betrachtung gewisser Rechtsinstitute lässt sich am Beispiel des Eigentumsrechtes zeigen: Geht man von der Ansicht aus, Wettbewerb sei das "richtige" Koordinationsmittel der Wirtschaft, muss die

72) Merz, Ordnungen, S. 31 ff. Oftinger, Zusammenhang, S. 225 ff.

individuelle wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit als eine dafür notwendige Bedingung geschützt werden (73). Primärer Rechtswert ist in diesem Moment eine freiheitliche Gesellschaftsordnung, in welcher jedem einzelnen ermöglicht wird, auf einer menschenwürdigen sozialen und ökonomischen Grundlage sein Leben zu gestalten. Wettbewerb ist unter diesem Gesichtspunkt nicht Selbstwert, sondern ein Mittel, um für die oben genannten Zwecke die geeigneten Grundlagen bereit zu stellen. In dieser Ordnung erfüllt das Eigentum die wichtige Funktion, dem einzelnen einen gewissen wirtschaftlichen Verfügungsbereich einzuräumen (74). Nun pflegt aber im allgemeinen der Jurist "in Rechtsinstituten zu denken, ohne diese auf ihre Systemgerechtigkeit und Dogmatizität hin zu kontrollieren" (75). Als Folge davon entwickelt sich eigentumsrechtlich begründete Verfügungsmacht in eine Richtung, die unter wettbewerbspolitischen Aspekten nicht erwünscht ist. Das schweizerische Kartellgesetz verhält sich zur Entstehung eigentumsrechtlich begründeter Marktmacht neutral, obwohl damit der Hauptpfeiler des Wettbewerbsystems, nämlich die Vielzahl von Marktteilnehmern (Anbieter oder Nachfrager), langsam unterwandert wird. Hier wird deutlich, was systemgerechtes Denken in bezug auf das Wirtschaftsrecht bedeutet: Die Betrachtung des Wirtschaftssystems in seiner Ganzheit, was wiederum die Konstruktion eines dogmatischen Gerüsts erlaubt, in dem die Postulate Gerechtigkeit, Rechtsicherheit und Funktionsgerechtigkeit miteinander verbunden sind.

73) Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 336 ff.

74) Biedenkopf, Rechtsfragen, S. 6 ff.

75) Luhmann, Rechtssystem, S. 60.

3. Funktionales Privatrecht

Funktionalität ist ein grundlegendes Merkmal des Kartellrechts (76). Zwar lässt sich alles Recht im weitesten Sinne als funktional bezeichnen (77). Doch erhält die Funktionalität im Kartellrecht eine besondere Bedeutung, welche aus dem Blickwinkel herkömmlicher Rechtsbetrachtung nicht ohne weiteres ersichtlich wird.

Das klassische Privatrecht sieht den Zweck des Rechts im Schutz und im Ausgleich von Individualinteressen (78). Dabei steht es dem Einzelnen zu, seine Rechtsmacht im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung nach freiem Ermessen auszuüben (79). Damit begründet ist auch die Tatsache, dass ein wesentlicher Teil der privatrechtlichen Verhaltensregeln nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die betroffenen Privaten selbst aufgestellt werden (80). In kartellrechtlicher Hinsicht kommt es

76) Weitere Merkmale sind Institutionalität und Technizität; Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 83 ff. Fechner, Funktionen des Rechts, S. 92, bezeichnet als Funktion "... die Wirksamkeit des Rechts innerhalb eines umfassenderen Ganzen, hier der menschlichen Gesellschaft ...". Die Frage nach dem Zweck und Nutzen, nach seinem Dienst an einem möglichst allen Gliedern gerecht werdenden Zusammenlebens, das infolge der "ungeselligen Geselligkeit" des Menschen stets von Störungen bedroht ist."

77) Homburger, Funktion, S. 337. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 63. Vgl. dazu: vorne, S. 16, Anmerkung 42).

Dem Einwand Homburger's, jedes Recht sei im Grunde genommen funktional, ist zu entgegnen, dass diese Betrachtung gerade im Privatrecht nicht im Vordergrund steht; Steindorff, Wirtschaftsordnung, S. 621. Namentlich stehen herkömmlicherweise nicht gesellschaftliche oder gar wirtschaftliche Funktionen im Vordergrund.

78) Bucher, Normsetzungsbefugnis, S. 19.

79) Bucher, Normsetzungsbefugnis, S. 70 f. Luhmann, Funktion, S. 321 ff.

80) Bucher, ebd. S. 7. Deutlich zeigt sich die Normsetzungsbefug-

dabei zu Konflikten einerseits, wenn private Interessen aufeinander stossen und andererseits, wenn die private Wirtschaftsgestaltung der Vorstellung vom "richtigen" Koordinationsmittel der Wirtschaft widerspricht. Bei der Lösung solcher Konflikte steht der jeweils rechtsanwendenden Instanz ein weiterer Spielraum offen, wenn es darum geht, Generalklauseln wie "überwiegende schutzwürdige Interessen", "Gesamtinteresse" oder "öffentliches Interesse" zu konkretisieren. Eine schlechthin richtige Lösung solcher Konflikte ist sowohl aus politischen als auch aus wirtschaftstheoretischen Gründen nicht möglich (80a). Zudem ergibt sich im Wirtschaftsrecht bei der Beurteilung der Schranken der Privatautonomie eine weitere Schwierigkeit: Die autonome Rechtsgestaltung auf wirtschaftlichem Gebiet kann erhebliche Auswirkungen auf Dritte zeitigen, die mit herkömmlichen privatrechtlichen Massstäben wie Sittlichkeit u. ä. nicht zu beurteilen sind. In solchen Fällen muss der Richter die Funktion "Schutz des Wettbewerbes" in die Interessenabwägung einbeziehen, will er dem Haupt- oder eigentlichen Urzweck des Kartellgesetzes gerecht werden (81).

Der allgemeine Zweck des Rechts, soziale Zustände und Interaktionen in einem erwünschten Sinne zu beeinflussen, konkretisiert sich im Kartellrecht in der Sicherung des "richtigen" Koordinationsmittels der Wirtschaft. Was als "richtig" zu gelten hat, ergibt sich aus der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis und dem

80) Fortsetzung: nis beim Gesamtarbeitsvertrag, wo privatrechtlich zustande gekommene Normen staatlich sanktioniert werden.

80a)Vgl. dazu: S. 8 ff.

81) Vgl. dazu: S. 90, Anm. 18a.

politischen Entscheidungsprozess. Dieser koordinationsrechtliche Rahmen ist in der Schweiz sehr weit gezogen; d. h. in den meisten Fällen der Anwendung kartellrechtlicher Normen ist die Problemlösung nicht in Form eines kategorischen Verbots bestimmter Tatbestände vorgegeben ("per se" Verbote). Als solcher könnte höchstens die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz eines Wettbewerbers durch Boykott bezeichnet werden, wie dies vom Bundesgericht in der Pionierzeit der Kartellrechtssprechung formuliert wurde (82). Im Kartellgesetz selbst sind, abgesehen von KG 5 III, erster Satz, keine "per se" Verbote zu finden, denn grundsätzlich steht jede unzulässige Wettbewerbsbehinderung unter dem Vorbehalt ausnahmsweiser Zulässigkeit nach Artikel 5 KG. Umsomehr gilt es, die kartellrechtlichen Normen "nicht nur in ihrem isolierenden, Individualinteressen begrenzenden und schützenden Nahzweck..., sondern in ihrer wirtschaftsverfassungsrechtlichen ... Bedeutung zu sehen (83).

Die homöostatische Funktion, die dem Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit im Konzept des "Möglichen Wettbewerbes" zukommt, geht in der modernen Wirtschaft vor allem als Folge der eigentumsrechtlichen Konzentration mehr und mehr verloren (84). Bekanntlich wurde das Kartellgesetz in der Meinung geschaffen, es genüge in der Regel, die Wettbewerbsmöglichkeit zu garantieren; das Privatrecht erfülle so

82) BGE 32 II 360 ff; BGE 37 II 417 ff; BGE 76 II 281 ff, wo das Bundesgericht ausführte, dass ein Vernichtungsboykott vor Art. 28 ZGB eine nicht haltbare Verletzung des Rechts der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Boykottierten darstellt, wenn diese Massnahme in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen steht, die sich damit für die gesamte Branche oder die Volkswirtschaft im allgemeinen erzielen lassen (S. 288).

83) Schluep, Aspekte, S. 354.

84) Ott, Systemwandel, S. 403 ff. Botschaft 1981, S. 24 ff.

"eine im Gesamtinteresse liegende Funktion, auch wenn es unmittelbar nur die Rechtsverhältnisse unter Privaten [ordne]" (85). Dass sich das Leitbild des "Möglichen Wettbewerbes" allerdings zu dem des "Möglichen Wettbewerbsausschlusses" entwickelt hat, zeigt, dass das Privatrecht seiner Funktion nicht immer gerecht wurde bzw. wird (86). Dieser Funktionsverlust herkömmlicher Rechtsinstitutionen ist im raschen sozialen Wandel und in der Schwierigkeit von Rechtsetzung und Rechtsprechung, mit der wirtschaftlichen Realität Schritt zu halten, begründet. Aber auch die in Art. 5 Abs. 2 lit. b - e enthaltenen Ausnahmeregelungen haben diesen Funktionsverlust gefördert. Wie gezeigt wurde, kann das Kartellrecht seine Funktion "Schutz des Wettbewerbes" bzw. "Schutz der Wettbewerbsfreiheit" nicht erfüllen, wenn die Ergebnisse privatautonomer Koordination an Normen gemessen werden, deren Inhalt in jedem einzelnen Falle ihrer Anwendung jeweils festgelegt werden muss.

Will der Gesetzgeber die Wirksamkeit des Kartellgesetzes in der anstehenden Revision wirksam verstärken, wird er deshalb nicht darum herumkommen, dem Kartellprivatrecht eine Funktion zuzuweisen, die es zu erfüllen imstande ist. Unter der Annahme, dass die Grundkonzeption des Schweizerischen Kartellgesetzes nicht geändert werden soll, bedeutet dies: unbedingter Schutz der Wettbewerbsfreiheit im Sinne des "Möglichen Wettbewerbes". Aus dieser Sicht haben Vorkehren eines Kar-

85) Botschaft 1961, S. 563. Schürmann, Gemeinwohl, S. 331 ff.

86) Vgl. dazu: S. 71 ff.

teils oder einer ähnlichen Organisation, wenn damit Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Aufnahme oder Ausübung erheblich behindert werden sollen, unbedingt und ohne generelle Ausnahmeklauseln als widerrechtlich zu gelten. Lediglich im Sinne eines Ausnahmeverbehaltes muss dem Gesetzgeber bzw. einer von diesem bestimmten Instanz (BR, Departement, Kartellkommission) die Befugnis zukommen, diese grundsätzlich widerrechtlichen Tatbestände in einzelnen Fällen für zulässig zu erklären.

4. Kartellgemeinrecht?

Der Dualismus von privatem und öffentlichem Recht als Ausdruck des Gegensatzes individueller und gemeinschaftlicher Gestaltungsmacht, als Reflex des Gegensatzes von individuellen und gesellschaftlichen Interessen, muss sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht als Tatsache hingenommen werden (87). Das von Bullinger vorgeschlagene "Gemeinrecht" bzw. ein "allgemeines Recht des staatlichen Gemeinwesens" (88) in bezug auf die wirtschaftliche Koordination stellt deshalb für das schweizerische Kartellrecht keine realistische Lösung dar. Dagegen spricht namentlich auch der Umstand, dass durch die formale Aufhebung der Teilung des kartellrechtlichen Instrumentariums der materielle Interessengegensatz zwischen individuellem und Gesamtinteresse nicht behoben wird (89). Zudem würde ein "Kartellgemeinrecht" der schweizerischen Lösung des Koordinationsproblems nicht gerecht: Das

87) Vgl. dazu: S. 71 ff.

88) Bullinger, Oeffentliches Recht und Privatrecht, S. 81

89) Raiser, Zukunft, S. 21, ist der Ansicht, in einem Gemeinrecht, wie es Bullinger vorschlägt, würden die Prinzipien des Privatrechts von den andersartigen des öffentlichen Rechts überflutet.

kartellrechtliche Problem, d. h. die Behinderung von Wettbewerbswilligen auf dem Markt bzw. der kartellistische oder monopolistische Marktabschluss wurde in der Schweiz von jeher primär aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht betrachtet. Diese für das schweizerische Recht charakteristische und in ihrer Grundkonzeption einleuchtende Lösung muss m. E. dem Kartellgesetz erhalten bleiben. Um die Wirkung des kartellrechtlichen Instrumentariums zu verstärken, sind aber die folgenden Thesen zu beachten:

- Der Schutz des Wettbewerbes bzw. der Wettbewerbsfreiheit liegt immer im öffentlichen Interesse und stellt als Hauptfunktion des Kartellgesetzes, das wichtigste Kriterium sowohl der privat- als auch der öffentlichrechtlichen Interessenabwägung dar (90).
- Die Verletzung privat- oder öffentlicher Interessen ist als Kriterium für die Auslösung des kartellrechtlichen Korrekturmechanismus ungeeignet. Die Wahl des kartellrechtlichen Instrumentariums beurteilt sich vielmehr nach der Wettbewerbsstruktur (91). Sofern auf einem Markt wettbewerbswillige Teilnehmer vorhanden sind, genügt grundsätzlich der Einsatz des privatrechtlichen Instrumentariums. Zeigt es sich jedoch, dass effektive oder potentielle Aussenseiter fehlen, muss das öffentlichrechtliche Instrumentarium zum Zuge kommen.
- Das Kartellprivatrecht kann seine Funktion "Schutz der Wettbewerbsfreiheit" nur dann erfüllen, wenn

90) Vgl. dazu: S. 90 ff.

91) Vgl. dazu: S. 51 ff.

die Ergebnisse der privatrechtlichen Interessenabwägung anhand von justiziablen Kriterien überprüft werden. Aus diesem Grunde darf es für erhebliche Wettbewerbsbehinderungen und für Wettbewerbsausschlüsse keine generellen Ausnahmebestimmungen geben. Lediglich der Gesetzgeber bzw. eine von diesem bestimmte Instanz (Kartellkommission) hat darüber zu bestimmen, auf welchen Märkten ausnahmsweise kein Wettbewerb herrschen soll.

Z U S A M M E N F A S S U N G

Hauptzweck des Kartellrechts ist neben dem Schutz des Rechts auf Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit der Schutz des Koordinationsmittels Wettbewerb. Aus dieser Sicht ist Kartellrecht Teil der Wirtschafts- bzw. Ordnungspolitik. Diese hat die Aufgabe, auf dem Weg der theoretischen Analyse gewonnene Ordnungsvorstellungen in die Wirklichkeit umzusetzen. Es sind ihr dabei insofern Grenzen gesetzt, als sich die entsprechenden Leitbilder aus erkenntnistheoretischen Gründen rechtlich nur mangelhaft konkretisieren lassen.

Aus erkenntnistheoretischer Sicht bestehen verschiedene Möglichkeiten, das Leitbild des Kartellrechts zu formulieren: rationalistisch-technokratisch, systemtheoretisch oder funktional. Während die ersten beiden

Ansätze von einer fiktiven Geschlossenheit des Systems ausgehen, wird beim funktionalen Ansatz versucht, eine dogmatisch offene Haltung einzunehmen. Zudem wird nicht das System als solches oder dessen Output in das Zentrum der Betrachtung gestellt, sondern vielmehr dessen Funktion. Auf das Kartellrecht bezogen heisst dies: Kartellrechtliche Normen werden nicht an ihrem Selbstwert oder gar am System-Output (im Sinne der Saldotheorie) gemessen, sondern daran, was sie zur Erfüllung ihrer Hauptfunktion "Wettbewerbsschutz" beitragen.

Das Instrumentarium des schweizerischen Kartellgesetzes ist unterteilt in einen privatrechtlichen und einen öffentlichrechtlichen Teil. Die einfachste Unterscheidung wäre diejenige: privatrechtlicher Teil = Persönlichkeitsschutz; öffentlichrechtlicher Teil = Wettbewerbsschutz. Eine solche schematische Trennung ist aber deshalb nicht durchführbar, weil die im privatrechtlichen Teil enthaltenen Ausnahmebestimmungen Bezug auf ordnungspolitische und somit öffentlich-rechtliche Begriffe nehmen (namentlich Art. 5 II, lit. c KG). Somit stellt sich die Frage, aufgrund welcher Kriterien die Interessenabwägung im privatrechtlichen Teil vorzunehmen ist. Dabei zeigt sich folgendes: Grundsätzlich ist die Teilung des Rechts in privates und öffentliches Recht mehr als nur eine formale. Materiell beruht sie unter anderem auf dem Gegensatz zwischen individuellen und Gemeinschaftsinteressen. Werden nun bei der Interessenabwägung im zivilrechtlichen Teil öffentliche Interessen herangezogen, so muss dies zwangsweise zu einem unlösbaren Konflikt führen, sofern nicht eines der Interessen (das private oder das öffentliche) grundsätzlich höher als das andere bewertet wird.

Die Tatsache, dass in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis zum Kartellgesetz das Kartellinteresse und das Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb gleich bewertet werden, hat bis anhin eine einheitliche Stossrichtung der schweizerischen Wettbewerbspolitik verhindert. Not tut deshalb ein praktikables ordnungspolitisches Leitbild, welches sowohl der privats als auch der öffentlichrechtlichen Interessenabwägung zugrunde gelegt wird. Naheliegend ist es, sich dabei auf den eigentlichen Zweck des Kartellrechts zu besinnen: auf den Schutz des Wettbewerbes, zumal in einem System funktionierenden Wettbewerbs die besten Voraussetzungen dafür bestehen, dass der einzelne seine wirtschaftliche Persönlichkeit frei entfalten kann.

Am ehesten entspricht der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ein Wettbewerbsleitbild, das die Wettbewerbsmöglichkeit rigoros verteidigt. Ausnahmeklauseln haben in diesem Konzept nur noch den Charakter einer Freistellung vom Verbot. Verboten werden sollen aber weder die Kartelle, noch sämtliche Wettbewerbsbehinderungen. Grundsätzlich ist für die Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit ein Verbot von Wettbewerbsausschlüssen und erheblichen Behinderungen genügend.

Die Trennung des kartellrechtlichen Instrumentariums in einen zivilrechtlichen und einen verwaltungsrechtlichen Teil soll beibehalten werden. Für beide Teile muss aber das im öffentlichen Interesse liegende Kriterium Wettbewerb bzw. Wettbewerbsfreiheit als Hauptgrundlage der Interessenabwägung dienen. Nur so ist es möglich, dass das KG auf die Dauer seinen Auftrag, den Wettbe-

bewerb zu erhalten und zu fördern, erfüllen kann.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 11. Juni 1950 in Solothurn geboren. In der Ambassadorsstadt besuchte ich die Primarschule und das Gymnasium, welches ich im Jahre 1969 mit der Matura Typ B abschloss. Anschliessend studierte ich, unterbrochen von einem einjährigen Auslandsaufenthalt, an der Hochschule St. Gallen Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Als lic.oec.HSG nahm ich im Jahre 1974 an der Universität Zürich das Studium der Rechte auf. Die Zürcher Lizentiatsexamen beendete ich im November 1978. Anschliessend arbeitete ich während drei Jahren als Anwaltssubstitut und widmete mich gleichzeitig der Redaktion meiner Dissertation. Zur Zeit bin ich als Jurist in einer privaten Gesellschaft tätig.

